Das Erfordernis der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung

Abhandlung
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Bruno Schreck
Referendar aus Danzig

Danzig 1937

Berichterstatter:

Professor Dr. Graf zu Dohna

Druck von A. W. Kafemann G. m. b. H., Danzig

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet

Inhaltsangabe.

Seite

Vorwort 7

A. Die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung als grundsätzliches Erfordernis 9

I. Praktische und dogmatische Bedeutung des Grundsatzes 9

II. Der Umfang des Erfordernisses 12

a) Allgemeines 12

b) Bei verbundenen Strafsachen 16

B. Die Ausnahmen vom Grundsatz des § 230 StPO. . . . 19

I. Die gesetzlichen Ausnahmen 20

a) Sachentscheidung 20

1. weil die Anwesenheit nach Ansicht des Gesetzgebers nicht erforderlich ist 20

§ 350 20

§ 231 Abs. 2 21

§ 233 25

§ 232 29

§ 411 Abs. 2 31

§ 387 32

2. aus sonstigen Gründen 33

§ 247 Abs. 1 33

§ 247 Abs. 2 36

§ 33 Abs. 2 JGG. 36

§ 277 37

§§ 434 ff. 43

b) Formalurteil 44

§ 329 44

§ 412 50

Art. 7 Kap. I des ersten Teils der Notverordnung vom 14. Juni 1932 . . . 50

II. Übergesetzliche Ausnahmefälle 51

Literaturverzeichnis 53

Vorwort.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, wann der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend sein muß. Dennoch hat sich die Rechtswissenschaft mit der Frage nur beiläufig beschäftigt. Vor allem fehlt es an einer Gesamtdarstellung. Die Rechtsprechung kann sich ihrem Wesen nach nur mit Einzelfragen befassen. Dazu liefert sie allerdings eine reiche Fülle wertvoller Entscheidungen. Manchem Urteil des Reichsgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen, obwohl die Begründung abgelehnt werden muß. In einigen Fällen hätte man zu einem anderen Ergebnis kommen müssen. Durch die Novelle vom 28. Juni 1935 ist ferner eine Reihe neuer bisher nicht behandelter Einzelfragen entstanden. Das hat den Verfasser veranlaßt, das Erfordernis der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung zusammenhängend darzustellen.

A. Die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung als grundsätzliches Erfordernis.

I. Praktische und dogmatische Bedeutung des Grundsatzes.

In § 230 stellt die Strafprozeßordnung den Grundsatz auf, daß die Hauptverhandlung nur in Anwesenheit des Angeklagten stattfinden darf. Wird dagegen verstoßen, so liegt nach § 338 Ziff. 5 ein absoluter Revisionsgrund vor. Daraus erhellt, daß die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung nach Auffassung der StPO. grundsätzlich von größter Bedeutung ist.

In der Tat ist die Anwesenheit des Angeklagten einmal von Wichtigkeit für die Erforschung der materiellen Wahrheit. Darüber besteht volle Einmütigkeit [1]).

Wo es sich um die Feststellung der Identität des Angeklagten mit dem Täter handelt, kann die Anwesenheit meistens gar nicht entbehrt werden. In vielen Fällen wird durch die Angaben des Angeklagten ein klares und vollständiges Bild von der Straftat gewonnen werden können. Mitunter wird die Wirkung einer Beweiserhebung auf den Angeklagten, wie z. B. Erbleichen oder Erröten, für die Frage seiner Schuld aufschlußreich sein.

Auch da, wo die Schuld des Angeklagten ohne sein aktives oder passives Mitwirken festgestellt werden kann, ist seine Anwesenheit wichtig, nämlich für die Strafzumessung. Aus dem Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung, z. B. freimütigem Eingeständnis der Tat, Verlogenheit, Reue, Erregbarkeit oder Teilnahmslosigkeit, kann sich der Richter erst ein ausreichendes Bild von der Stärke des rechtsbrecherischen Willens machen. Aus diesem Grunde ist die Meinung [2]), die neueren Erkenntnisquellen der kriminalistischen Wissenschaft verminderten die Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten, abzulehnen [3]). Gerade heute, wo nicht die Tat, sondern der Täter bestraft werden soll [4]), ist der persönliche Eindruck, den der Angeklagte macht,

1) Mot. S. 163; RG. Bd. 69 S. 255; Bd. 60 S. 180; Bd. 49 S. 42; Mayer in GS. Bd. 104 S. 322; Oetker in GS. Bd. 105 S. 12; Beling ZStW. Bd. 30 S. 51; Freisler, Neug. S. 9.

2) Amtl. Begr. S. 64; Kempe, Nov. S. 72.

3) Nieth. 2 vor § 276.

4) Freisler S. 5.

von erhöhter Wichtigkeit. Das gilt in besonderem Maße, wenn mit der Anordnung von Maßregeln der Sicherung oder Besserung zu rechnen ist. Darum bestimmt § 233 a, daß in keinem Falle Maßregeln der Sicherung und Besserung angeordnet werden dürfen, wenn ohne den Angeklagten verhandelt worden ist.

Sofern der Angeklagte als Beweismittel in Frage kommt, entspricht das Erfordernis seiner Anwesenheit in der Hauptverhandlung dem die Strafprozeßordnung beherrschenden Grundsatz der Unmittelbarkeit. Vom Angeklagten aus gesehen, bedeutet seine Anwesenheit insoweit eine Pflicht.

Sodann soll dem Angeklagten seine Gegenwart in der Hauptverhandlung die Möglichkeit geben, sich zu verteidigen. Er soll auch zu den Rechtsfragen Stellung nehmen können (§ 265). Seine Anwesenheit stellt sich insoweit als Recht des Angeklagten dar. In § 350 Abs. 2 spricht das Gesetz ausdrücklich vom „Anspruch auf Anwesenheit". Ein solcher ist in einem Akkusationsprozeß eine natürliche Erscheinung. Ist einmal der Strafprozeß als ein Kampf um das Recht aufgezogen, so muß, wie Oetker[5]) treffend sagt, der Angeklagte als Kämpfer auch Waffen haben. Ob er seine Waffe benutzt, ist eine andere Frage. Begriffsnotwendig folgt aber aus dem Wesen des Akkusationsprozesses das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten nicht. Auch aus dem Akkusationsprozeß in Verbindung mit dem Prinzip der Mündlichkeit kann es, wie H. Meyer[6]) es tut, nicht hergeleitet werden; denn die beiden Prinzipien sind nicht ausgeschaltet, wenn ein Vertreter in der mündlichen Verhandlung die Interessen des Angeklagten wahrnimmt.

Beide Zwecke kann die Anwesenheit des Angeklagten nur dann erfüllen, wenn der Angeklagte der Verhandlung folgen kann, mit anderen Worten, wenn er verhandlungsfähig ist. Anwesenheit und Verhandlungsfähigkeit, sozusagen körperliche und geistige Anwesenheit, gehören also zusammen. Umgekehrt darf dann aber die Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten nicht schaden, wenn seine Anwesenheit überhaupt nicht erforderlich ist.

Das Interesse an der Wahrheitserforschung kann sich mit dem der Verteidigung decken. Andererseits können beide in Widerstreit geraten. Dann entsteht die Frage, welchem von beiden der Vorrang gebührt. Buchner[7]) wollte der Verteidigung den Vorzug geben. Die Motive scheinen zu schwanken. In der Entscheidung RG. Bd. 69 S. 362 ff. heißt es zwar, daß die Anwesenheit des Angeklagten „vornehmlich" dem Zwecke diene, den Angeklagten davor zu schützen, daß etwas im

5) in GS. Bd. 107 S. 10.
6) S. 13—17.
7) in GS. Bd. 9, II S. 54 ff.

Urteil gegen ihn verwertet werde, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden sei. Daraus ist jedoch nicht zu entnehmen, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts die Anwesenheit des Angeklagten in erster Linie im Interesse der Verteidigung des Angeklagten angeordnet worden ist; denn das Reichsgericht erblickt, wie aus einer Reihe von Entscheidungen[8]) ersichtlich ist, ebenso wie das Schrifttum[9]) den Hauptzweck des Anwesenheitserfordernisses des Angeklagten darin, die Findung der materiellen Wahrheit zu ermöglichen oder zu erleichtern. § 247 liefert den Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht: das Gericht kann den Angeklagten abtreten lassen und damit seine Verteidigungsmöglichkeit zum Teil einschränken, wenn zu befürchten ist, daß ein Zeuge oder Mitangeklagter in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen werde.

Da auch die kommende Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich die Feststellung der materiellen Wahrheit anstreben wird, wird auch der Grundsatz der Anwesenheit des Angeklagten beibehalten werden. Freisler[10]) nennt das Gehör des Angeklagten zum Tatsächlichen einen der fundamentalen Grundzüge der materiellen Wahrheitserforschung. Die Anwesenheit wird ferner auch als Recht des Angeklagten bestehen bleiben. Nach Mitteilung von Exner[11]) soll Frank zum Ausdruck gebracht haben, daß der nationalsozialistische Staat auch künftighin dem Beschuldigten keineswegs seiner prozessualen Rechte entkleiden wolle. In gleicher Weise äußern sich Siegert[12]), Exner[13]) und Oetker[14]). Die zu erwartende Einschränkung der Rechte des Angeklagten wird das Erfordernis seiner Anwesenheit wohl kaum berühren; verlangt doch Freisler[15]), daß das Gehör des Angeklagten zur Rechtslage ebenfalls gesetzlich festgelegt werde.

Im Folgenden soll untersucht werden, welcher prozessuale Charakter der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung zukommt.

Als Prozeßvoraussetzungen (im engeren Sinne) bezeichnet man[16]) im allgemeinen solche Umstände, von denen die Zulässigkeit des Verfahrens als eines Ganzen abhängt. Die Prozeßvoraussetzungen sind Voraussetzungen für alle Abschnitte des Verfahrens. Die Anwesenheit des Angeklagten verlangt das Gesetz jedoch nicht bei allen Abschnitten

---

8) RG. Bd. 69 S. 255; Bd. 60 S. 314.
9) Freisler S. 9; Siegert in ZStW. Bd. 54 S. 23.
10) Zur Neugestaltung S. 8.
11) ZStW. Bd. 54 S. 11.
12) ZStW. Bd. 54 S. 22.
13) ZStW. Bd. 54 S. 11.
14) in GS. B. 105 S. 12.
15) Neug. S. 12.
16) v. Kries S. 463; Benn.-Bel. S. 9; Sauer S. 149, 159; Graf zu Dohna S. 48.

des Prozesses. Die Eröffnung des Hauptverfahrens z. B. geschieht in allen Strafsachen ohne Anwesenheit des Angeklagten. Diese kann also nicht als Prozeßvoraussetzung angesprochen werden. Wenn bei Löwe-Rosenberg[17]) die Anwesenheit des Angeklagten unter den Prozeßvoraussetzungen aufgeführt sind, so liegt das darin begründet, daß dort auf ein einheitliches Merkmal des Begriffs verzichtet wird. Löwe-Rosenberg faßt unter Prozeßvoraussetzungen einige „schwerwiegende" und „wesentliche Tatsachen", die für eine Sachentscheidung erforderlich sind, zusammen. Damit wird jedoch keine neue Erkenntnis gewonnen. Die Terminologie ist daher abzulehnen.

Das Gegenstück der Anwesenheit, die Abwesenheit im technischen Sinne (darunter die Flucht), ist keine negative Prozeßvoraussetzung, kein Prozeßhindernis. Sauer[18]) nimmt es unzutreffenderweise an, obwohl er die Anwesenheit nicht als positive Prozeßvoraussetzung ansieht[19]). Schon v. Kries[20]) hat zum Beweise dafür, daß die Abwesenheit kein Prozeßhindernis ist, darauf hingewiesen, daß trotz Abwesenheit des Angeklagten das Hauptverfahren eröffnet werden kann. Der damalige § 138 untersagte nur die Hauptverhandlung gegen Abwesende. Auch die neuen §§ 276 ff. handeln nur von der Hauptverhandlung. Daß die Abwesenheit (Flucht) kein Prozeßhindernis ist, ergibt sich auch daraus, daß ja eine Voruntersuchung und eine kommissarische Beweisaufnahme möglich ist.

Da die Anwesenheit des Angeklagten nur für die mit Erlaß eines Urteils endende Hauptverhandlung vorgeschrieben ist, stellt sie sich als spezifische Urteilsvoraussetzung im Sinne von v. Kries, Sauer, Bennecke-Beling und Schwarz dar[21]).

II. Der Umfang des Erfordernisses.

a) Allgemeines.

Nach § 231 Abs. 1 Satz 1 darf sich der Angeklagte aus der Hauptverhandlung nicht entfernen. Seine Anwesenheitspflicht erstreckt sich also auf die ganze Hauptverhandlung[22]). Da die Anwesenheit eine Pflicht des Angeklagten ist, kann er auf sie nicht verzichten. Aber

---

17) S. 40.
18) S. 365.
19) S. 372.
20) in ZStW. Bd. 5 S. 38.
21) v. Kries, Lehrb. S. 580; Sauer S. 372; Benn.-Bel. S. 385; Schwarz 1 b vor § 150.
22) RG. Bd. 31 S. 398; Bd. 35 S. 407; Bd. 40 S. 230; Bd. 58 S. 180; Löwe-Rosenberg § 230, 3.

auch das Gericht darf ihn grundsätzlich weder von einzelnen Teilen noch von der ganzen Hauptverhandlung „beurlauben“ [23]).

Wenn man von „Hauptverhandlung“ spricht, so hat man vielfach den ganzen Vorgang im Sinne, der sich vom Aufruf der Strafsache bis zur Urteilsverkündung vor dem Gericht im Sitzungssaale abspielt. So pflegt man z. B. zu sagen, es finde gegen jemand die Hauptverhandlung statt. Man faßt dann den Aufruf der Sache und den der Zeugen und Sachverständigen, also Maßnahmen, die die eigentliche Sachprüfung nur vorbereiten, ferner die Feststellung der Tat selbst sowie gegebenenfalls die Prüfung von Prozeßvoraussetzungen als Bestandteil der Hauptverhandlung zusammen. Die StPO. verwendet den Begriff „Hauptverhandlung“ aber an einzelnen Stellen in einem engeren Sinne, worauf schon Kujawa [24]) aufmerksam gemacht hat. Nach § 230 StPO. findet gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine „Hauptverhandlung“ nicht statt; gemäß § 232 kann in gewissen Fällen aber auch gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine Hauptverhandlung durchgeführt werden. Da auch in diesen Fällen der Feststellung, daß der Angeklagte nicht erschienen ist, der Aufruf der Sache vorausgegangen ist, also eine Hauptverhandlung in dem äußeren, formellen Sinne bereits begonnen hat, muß dort unter „Hauptverhandlung“ etwas anderes gemeint sein, nämlich die Verhandlung zur Sache selbst. Wenn nun das Gesetz die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung verlangt, so kann es nur die Hauptverhandlung in dem engeren, sachlichen (materiellen) Sinne meinen; denn die Anwesenheit des Angeklagten wird doch nur um der Feststellung der Tat und der Findung einer zutreffenden Sachentscheidung willen erfordert. So hat denn auch das Reichsgericht [25]) in einem Falle, wo es um die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung ging, ausgeführt, daß unter Hauptverhandlung nicht das zu verstehen sei, was sich im Sitzungssaale vor dem erkennenden Gericht abspiele, sondern das, was „materiell gemäß der Prozeßordnung in die Hauptverhandlung gehört und nur in ihr vorgenommen werden darf“. Den Gedanken, daß der Angeklagte nur während der eigentlichen Sachprüfung zugegen zu sein braucht, bringt das Reichsgericht in anderen Entscheidungen [26]) durch die Worte zum Ausdruck, der Angeklagte müsse bei den wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung anwesend sein. Daß das Reichsgericht unter wesentlichen Teilen nicht etwa nur besonders wichtige Teile der eigentlichen Sach-

---

23) s. Anm. 1; ferner RG. in JW. 1927 S. 2024; RG. in JW. 1936 S. 884; RG. Bd. 69 S. 22; Löwe-Rosenberg § 230, 3.
24) in Gold. Arch. Bd. 43 S. 200.
25) Bd. 17 S. 290.
26) RG. Bd. 38 S. 216; Bd. 58 S. 180; Bd. 60 S. 181.

prüfung versteht, ergibt sich am klarsten aus RGSt. Bd. 60 S. 181. Immerhin kann das leicht mißverstanden werden. Es dürfte sich daher empfehlen, mit RG. Bd. 17 S. 290, Beling[27]) und Canter[28]) nur die eigentliche Sachprüfung als Hauptverhandlung (i. e. S.) zu bezeichnen.

Zu der Hauptverhandlung, der der Angeklagte beiwohnen muß, gehören also z. B. nicht Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht, die sich auf Prozeß- oder Urteilsvoraussetzungen beziehen, mag das Gericht sich auch in öffentlicher Sitzung damit befassen. Über die Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen könnte sich das Gericht ja auch außerhalb einer öffentlichen Sitzung unterrichten. Ebenso bilden Erörterungen vor dem erkennenden Gericht über einen Vertagungsantrag keinen Teil der Hauptverhandlung (RG. in DR. (R.) 1932 Nr. 694). Ist also im ersten Termin nur ein Vertagungsbeschluß ergangen, so ist die Berufung des Angeklagten nach § 329 zu verwerfen, wenn der Angeklagte zu Beginn des zweiten Termins unentschuldigt ausbleibt. Die Hauptverhandlung hat im ersten Termin noch gar nicht begonnen, denn „unter Verhandlung kann hier nur eine Verhandlung zur Sache selbst verstanden werden“[29]). Ihr Beginn liegt, ohne daß dem § 243 Abs. 1 entgegensteht, auch nicht beim Aufruf der Zeugen und Sachverständigen. Die Anwesenheit des Angeklagten ist daher hierbei nicht notwendig[30]).

Zur Hauptverhandlung gehört vor allem die Beweisaufnahme. Daher hat es RG. Bd. 17 S. 290 mit Recht für unzulässig erklärt, daß der Sachverständige im Beratungszimmer vernommen wird, selbst wenn an ihn nur Fragen gerichtet werden, die bereits im Sitzungssaale an ihn gestellt worden sind. Dasselbe gilt von der Augenscheinnahme. Dabei ist jedoch zu beachten, daß nicht jede Besichtigung durch das Gericht eine Augenscheinseinnahme ist. Im Falle RG. Bd. 66 S. 28 hatte das Landgericht die Beratung an den Tatort verlegt, „um bei der Beratung Erinnerungstäuschungen fernzuhalten“. Das Reichsgericht hat dieses Verfahren gerügt mit der Begründung, es handele sich um eine Augenscheinseinnahme und solche gehöre, wie alle Beweisaufnahmen, in die Hauptverhandlung, die sich in Anwesenheit des Angeklagten abzuspielen habe. Die Entscheidung ist m. E. unzutreffend. Eine Augenscheinseinnahme, d. h. eine Beweiserhebung, liegt nur dann vor, wenn das Gericht eine Besichtigung zu dem Zwecke vornimmt, sich über einen Sachverhalt eine Anschauung oder ein Urteil zu verschaffen, nicht aber, wenn das bereits gewonnene Bild

27) in JW. 1926 S. 2194.
28) S. 247 l. oben.
29) RG. in D. R. (R.) 1932 Nr. 694.
30) RG. Bd. 58 S. 181.

oder die schon erlangte Überzeugung nur gesichert werden soll. Nur auf Grund dieser Unterscheidung läßt es sich rechtfertigen, daß — was übrigens auch RG. Bd. 66 S. 29 für zulässig hält, und was auch durchweg geschieht — bewegliche Beweismittel mit in das Beratungszimmer genommen und bei der Beratung besichtigt werden. Das Reichsgericht begründet seine unterschiedliche Behandlung damit, daß bewegliche Sachen ein gleichbleibendes Aussehen haben, während das Aussehen einer Landschaft sich je nach der wechselnden Beleuchtung und dem Standpunkt des Beobachters bedeutend ändern könne; es bestehe daher die Gefahr, daß das Gericht einen anderen Sachverhalt zugrunde lege als den im Beisein des Angeklagten verhandelten. Demgegenüber muß einmal darauf hingewiesen werden, daß auch der Eindruck beweglicher Gegenstände je nach Entfernung oder Blickrichtung ein anderer sein kann. Sodann ist dem Reichsgericht entgegenzuhalten, daß das von ihm gerügte Verfahren gerade die von ihm, dem Reichsgericht, befürchtete Gefahr ausschließen soll! Die von dem Reichsgericht erwähnte Veränderung des Tatorts wird wohl niemals so groß sein wie die zu befürchtende Unzulänglichkeit des Gedächtnisses. Gegen die Beratung am Tatort dürfte mithin nichts einzuwenden sein. Es steht dem Gericht ja frei, den Ort seiner Beratung zu bestimmen. Ergänzend sei jedoch bemerkt, daß das Gericht dann, wenn es am Tatort oder an den beweglichen Gegenständen neue Beobachtungen macht, die von Erheblichkeit sind, es sich um eine Augenscheinseinnahme handelt, da dann nicht nur das bereits gewonnene Bild festgehalten wird. Es müssen dann aber wirklich neue Beobachtungen gemacht worden sein. Die abstrakte Möglichkeit neuer Wahrnehmungen, wie z. B. im Fall RG. Bd. 66 S. 29, ist noch keine Beweisaufnahme.

Die Hauptverhandlung schließt nicht damit, daß sich das Gericht zur Beratung zurückzieht, wie vielfach angenommen wird. Den Schluß bildet vielmehr, wie sich aus § 260 Satz 1 ergibt, der Erlaß einer Entscheidung. Vorher können der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft noch Beweisanträge stellen und Ausführungen zur Sache machen. Darum ist ihre Anwesenheit in diesem Zeitpunkt, soweit nicht gesetzliche Ausnahmefälle vorliegen, erforderlich. In den meisten Fällen wird von der Anwesenheit des Angeklagten während der Urteilsverkündigung nach § 231 Abs. 2 abgesehen werden können. Die Praxis [31]) steht indes auf anderem Standpunkt. Auf die Frage wird bei der Behandlung des § 231 Abs. 2 näher eingegangen werden, da der Fall nach § 231 Abs. 2 zu entscheiden ist.

---

31) RG. Bd. 63 S. 249; Bd. 57 S. 265; Bd. 42 S. 246; Bd. 31 S. 398; Löwe-Rosenberg § 260, 2; Kohlrausch § 260, 1.

b) Bei verbundenen Strafsachen.

Erhebliche Schwierigkeiten hat der Rechtsprechung und der Lehre die Frage bereitet, ob ein Mitangeklagter auch dann anwesend sein muß, wenn die Verhandlung Taten betrifft, an denen er in keiner Weise beteiligt ist. Solch ein Fall kann dann eintreten, wenn in einem Verfahren den Angeklagten A. und B. ein am 1. Januar 1937 gemeinschaftlich ausgeführter Betrug, außerdem dem Angeklagten A. ein am 12. Oktober 1936 begangener Diebstahl und schließlich noch dem Angeklagten B. eine Beleidigung, begangen am 10. September 1936, zur Last gelegt werden.

Bis in die letzte Zeit sind Reichsgerichts-Entscheidungen [32]) ergangen, nach denen ein Mitangeklagter auch in solchen Abschnitten anwesend sein muß, in denen nur Taten anderer Mitangeklagter verhandelt werden, die mit seiner Tat in keinem Zusammenhang stehen. Der Auffassung folgen die Erläuterungsbücher [33]). Bei größeren Prozessen, die sich über mehrere Monate erstreckten und gegen eine ganze Reihe von Angeklagten gerichtet waren, hat sich die Ansicht als sehr unpraktisch erwiesen; denn die Gefahr, daß ein Angeklagter infolge der langen Verhandlung verhandlungsunfähig wird, so daß die ganze Verhandlung wiederholt werden muß, wächst bedeutend mit dem Umfang des Prozesses. Können die Angeklagten aber abwechselnd auch nur ein paar Tage aussetzen — bei solchen Sachen sind ja meistens nicht alle Angeklagten an allen Taten beteiligt —, so verringert sich die Gefahr erheblich. Auch wäre es hier wieder sehr unbefriedigend, wenn ein Urteil deshalb aufgehoben werden müßte, weil ein Angeklagter beim Verhandeln über eine ihn nichts angehende Tat abwesend war.

Der Vertreter der Meinung, daß alle Mitangeklagten unbedingt dauernd anwesend sein müssen, haben zum Teil ihrer Ansicht die Spitze abgebogen. So bezeichnet RG. Bd. 29 S. 298 zwar das Fehlen eines Mitangeklagten während der Verhandlung über eine ihn nichts angehende Tat als gesetzwidrig, verneint aber das Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Z. 5, wenn ein Angeklagter wegen des Fehlens seiner Mitangeklagten Revision eingelegt hat. Das Reichsgericht führt (S. 297) aus, § 338 Ziff. 5 sei ein absoluter Revisionsgrund in dem Sinne, daß er von dem Nachweis absehe, daß das Urteil auf der Verletzung der Verfahrensvorschriften beruhe; wo aber, wie in solchen Fällen, von vornherein klar sei, daß ein Zusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Urteil nicht bestehe, könne

---

[32]) RG. Bd. 70 S. 65—71; Bd. 69 S. 362; Bd. 69 S. 18—23; Bd. 67 S. 418; RG. in JW. 1927 S. 2042.

[33]) Löwe-Rosenberg § 230, 2; Kohlrausch § 230, 1; Schwarz § 231, 1; ferner Mezger in JW. 1927 S. 2042.

§ 338 Ziff. 5 nicht zur Anwendung kommen. Dem dürfte aber entgegenstehen, daß nach § 338 ein ursächlicher Zusammenhang stets angenommen werden soll. Die Entscheidung RG. Bd. 29 Nr. 104 steht übrigens mit der Entscheidung RG. in JW. 1927 S. 2042 in Widerspruch. Dort hatte ein Angeklagter die Revision auf den Umstand gestützt, daß er nicht zugegen gewesen war, als eine Sache verhandelt wurde, die nicht ihn selbst, sondern nur seine Mitangeklagten anging. In diesem Falle hätte der absolute Revisionsgrund gleichermaßen verneint werden müssen. Das Reichsgericht hat aber der Revision stattgegeben und das Urteil aufgehoben.

Häufig hat man damit zu helfen versucht, daß man das Verfahren gegen einen Mitangeklagten abtrennte, sobald er in keiner Weise beteiligt war, und wieder verband, wenn das Gericht Dinge verhandelte, an denen der Mitangeklagte wieder beteiligt war. Nach Mezger[34]) soll die Trennung und Wiederverbindung zulässig sein, und zwar soll sie ganz formlos geschehen dürfen. Der Zweite Senat des Reichsgerichts hat im Urteil vom 29. November 1934[35]) in einem solchen Verfahren ein Aufgeben des Satzes erblickt, daß jeder Mitangeklagte dauernd anwesend sein müsse, und hat, weil er jenen Satz für richtig hält, das Verfahren für unzulässig erklärt. Dagegen haben der III. Senat[36]) (21. Oktober 1935) und der I. Senat[37]) (24. September 1935) die Trennung und Wiedervereinigung zu dem Zwecke, einen zeitweise unbeteiligten Mitangeklagten zu beurlauben, für zulässig erklärt. Der III. Senat begründet dies damit, es bestünde keine Veranlassung, einen Mitangeklagten zu nötigen, der Verhandlung auch insoweit beizuwohnen, als sie sich ausschließlich gegen andere Angeklagte richte und nur Fälle betreffe, die mit denen, die ihm zur Last gelegt würden, keinen Zusammenhang hätten; denn durch die Anwesenheit eines Angeklagten solle verhindert werden, daß in seiner Abwesenheit gegen ihn verwertbare Dinge zur Sprache kämen, was aber ausgeschlossen sei, soweit nur über Taten anderer Angeklagter verhandelt werde (S. 362). Diese Ausführungen beziehen sich, wohlgemerkt, nur auf die Frage, ob zum Zwecke der Beurlaubung des Angeklagten eine Abtrennung und Wiedervereinigung zulässig sein soll; nicht aber will der III. Senat damit sagen, daß ein zeitweilig nicht an der Verhandlung interessierter Mitangeklagter auch bei bestehender Verbindung abwesend sein dürfe. Kurz vorher hat nämlich der I. Senat (RG. Bd. 70 S. 69 ff.) noch daran festgehalten, daß jeder Mitangeklagte unbedingt dauernd anwesend sein müsse. Hätte der

34) JW. 1927 S. 2024; a. A.: Mezger in JW. 1936 S. 886.
35) RG. Bd. 69 S. 24.
36) RG. Bd. 69 S. 360 ff.
37) RG. Bd. 70 S. 65—71.

III. Senat hiervon abweichen wollen, so würde er es nicht stillschweigend getan haben.

Die Schwierigkeiten, vor die sich Praxis und Schrifttum gestellt sehen, sind daraus erwachsen, daß man nicht bewußt und folgerichtig zwischen der Verhandlung im weiteren Sinne und der im engeren Sinne unterschieden hat, und daher die Bedeutung und Wirkung der Verbindung mehrerer Strafsachen verkennen mußte. Das zeigt vor allem die Entscheidung RG. in JW. 1927 S. 2042, wo es wörtlich heißt: „Dieser Grundsatz (der dauernden Anwesenheit des Angeklagten) leidet auch dann keine Ausnahme, wenn es sich um eine auf Grund des § 239 angeordnete Verbindung von Strafsachen handelt, die unter sich keinen inneren Zusammenhang haben. Denn die einmal angeordnete Verbindung hat die Wirkung, daß nunmehr, solange nicht von neuem eine Trennung erfolgt, die Hauptverhandlung ein Ganzes bildet, von dem nicht nach dem Ermessen des Gerichts einzelne Teile wieder losgelöst werden können." In RG. Bd. 6 Nr. 96 wird gesagt, durch die Verbindung werde das „Verfahren", wie insbesondere aus § 5 folge, ein „einheitliches". Da das Verfahren ein Ganzes sei, folgert das Reichsgericht, sei jeder Beschuldigte hinsichtlich aller Taten Mitangeklagter, also auch hinsichtlich solcher, an denen er auch im weitesten Sinne nicht beteiligt sei; er könne daher auch nicht in den ihn nicht berührenden Sachen als Zeuge vernommen werden und müsse dauernd anwesend sein (S. 282 Mitte), solange die Verbindung bestehe. Es werden dann noch mehrere formalistische Gründe dafür angeführt, daß niemand gleichzeitig Zeuge und Angeklagter sein könne; schließlich ist von einer psychologischen Zwangslage die Rede. Der Entscheidung sind bis auf Binding [38]), Beling [39]) und Gerland [40]) Rechtsprechung [41]) und Lehre [42]) gefolgt; sie führt aber, wie schon gezeigt, zu unzweckmäßigen Ergebnissen und ist auch dogmatisch nicht haltbar.

Die Verbindung bedeutet, daß eine Tat, an der mehrere Beschuldigte beteiligt sind, statt in mehreren einzelnen Sitzungen in einer einzigen vom Gericht geprüft wird. Ein „einheitliches Ganzes" wird lediglich insofern geschaffen, als mehrere sich sonst zu verschiedenen Zeiten, u. U. vor verschiedenen Gerichten abspielende Vorgänge, Hauptverhandlungen i. w. S. also, räumlich und zeitlich zu einer einzigen Hauptverhandlung i. w. S. zusammengefaßt werden. Die Verbindung begründet dagegen keinen neuen objektiven oder subjektiven Tat-

---

38) S. 157.
39) Lehrb. S. 296.
40) S. 344.
41) RGR. Bd. 10 S. 343; Recht 1906 Nr. 3182; RG. Bd. 52 S. 138.
42) Löwe-Rosenberg § 237, 1; Kohlrausch § 60, 10; Schwarz 10 vor § 47.

zusammenhang, mithin auch die Prüfung der Taten keine einheitliche Hauptverhandlung im engeren Sinne. Die §§ 3 und 237 besagen ja auch nur, daß eine Verbindung zulässig ist, wo bereits ein Zusammenhang besteht. Aus § 3 aber ergibt sich nicht, daß zwischen dem von A. verübten Diebstahl und der dem B. zur Last gelegten Beleidigung in dem obigen Beispiel (S. 16) ein Zusammenhang vorhanden ist. Das ist auch den Ausführungen von Canter (S. 246 r. oben) entgegenzuhalten.

Es widerstreitet ferner dem allgemeinen Sprachgebrauch und der üblichen Formulierung in Anklageschriften und Eröffnungsbeschlüssen, wenn das Reichsgericht (Bd. 6 S. 280) erklärt, infolge der Verbindung sei jeder Angeklagte auch hinsichtlich der Tat Angeklagter, an der er in keiner Weise beteiligt sei. Schließlich sollte allein der Umstand, daß die Verbindung Ermessenssache ist, zur Ablehnung der Ansicht des Reichsgerichts führen. Aus ihr folgt ja, daß ein Mitangeklagter niemals Zeuge sein kann; ob aber jemand zeugnispflichtig ist, sollte nicht vom Ermessen abhängen und nicht, wie die Verbindung, jederzeit dem Wandel unterworfen sein.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß ein Angeklagter nicht anwesend zu sein braucht, wenn das Gericht nur Taten seiner Mitangeklagten untersucht, bei denen er auch im weitesten Sinne nicht als Teilnehmer in Betracht kommt.

B. Die Ausnahmen vom Grundsatz des § 230 StPO.

Der Gesetzgeber hat eine Reihe von Ausnahmen von dem Grundsatz des § 230 gemacht. Abweichend von § 230 Abs. 1 kann die Hauptverhandlung zeitweilig oder völlig ohne Anwesenheit des Angeklagten stattfinden. Die Gründe sind teilweise sehr verschieden. Die Ausnahmen der §§ 350, 231 Abs. 2, 233, 232, 411 Abs. 2 und 387 beruhen auf der Erwägung, daß die Anwesenheit des Angeklagten dort nicht erforderlich sei, da eine Prüfung des Tatsächlichen überhaupt nicht (wie in § 350) vorgenommen werde oder ohne Angeklagten ausgeführt werden könne. Die Ausnahmen in §§ 247 Abs. 1 und Abs. 2, 33 Abs. 2 JGG., 277 und 434 ff. StPO. erklären sich aus jeweils verschiedenen Gründen. Gemeinsam ist den bisher erwähnten Ausnahmen, daß sie eine Sachentscheidung zulassen, obwohl der Angeklagte nicht anwesend ist. Dagegen führt das Ausbleiben des Angeklagten in den §§ 329 (1. Fall), 412 und § 1 der Verordnung vom 14. Juni 1932 zum Erlaß einer Formalentscheidung. Hier kommt es nicht zu einer Abweichung von § 230 Abs. 1, weil eine

Hauptverhandlung im engeren Sinne gar nicht stattfindet. Dagegen wird hier die Regel des § 230 Abs. 2 durchbrochen, nach der beim Ausbleiben des Angeklagten Haft- oder Vorführungsbefehl zu ergehen hat. Entsprechend dieser sachlichen Gliederung sollen die einzelnen Ausnahmen im Folgenden dargestellt werden. Eine Ausnahme wird nur bei § 329 gemacht, der im Falle der Berufung des Angeklagten zu einem Formalurteil führt, im Falle der Berufung der Staatsanwaltschaft aber eine Sachprüfung zuläßt, wenn der Angeklagte bei Beginn der Hauptverhandlung ausbleibt. § 329 wird zusammenhängend erläutert werden, weil beiden Fällen wichtige Einzelfragen gemeinsam sind, die einer einheitlichen Erörterung bedürfen.

In einem zweiten Teil wird die Frage erörtert werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ohne den Angeklagten verhandelt werden kann, obwohl eine gesetzliche Ausnahmevorschrift nicht besteht.

I. Die gesetzlichen Ausnahmen.

a) Sachentscheidung

1. weil die Anwesenheit nach Ansicht des Gesetzgebers nicht erforderlich ist.

§ 350.

Für die Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht verlangt das Gesetz die Anwesenheit des Angeklagten nicht: § 350 Abs. 1 Satz 2. Der nicht auf freiem Fuße befindliche Angeklagte hat auch kein Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung vor dem Revisionsgericht.

Die abweichende Regelung ergibt sich aus der Eigenart des Revisionsverfahrens [43]). Für das Revisionsgericht steht die Tat, so wie sie der Vorderrichter angenommen hat, fest. Kann die Anwesenheit des Angeklagten zur Erforschung der materiellen Wahrheit aber nicht mehr dienen, so hätte eine Pflicht zur Anwesenheit keinen Sinn. Da das Revisionsgericht über Rechtsfragen zu entscheiden hat, wird es seine Entscheidung kaum jemals erst auf Grund der Hauptverhandlung gewinnen, sondern sich vorher entschieden haben. Deshalb ist die Anwesenheit des Angeklagten vor dem Revisionsgericht von sehr geringer Bedeutung. Hinzu kommt, daß der Angeklagte in seiner Revisionsbegründung seine Rechtsansicht zum Ausdruck hat bringen können. Die Kosten, die dem Staat entstehen würden, wenn alle Inhaftierten die meistens ziemlich teure Reise zum Revisionsgericht antreten würden, wären aber sehr bedeutend und stünden in keinem Verhältnis zum Zweck des Unternehmens [43]). Darum versagt das Gesetz dem nicht auf

---

43) Mot. S. 254.

freiem Fuße befindlichen Angeklagten mit Recht den Anspruch auf Anwesenheit vor dem Revisionsgericht.

§ 231 Abs. 2.

Auch vor dem Tatrichter ist die dauernde Anwesenheit des Angeklagten nicht in allen Strafsachen zur Gewinnung eines richtigen Urteils erforderlich. Wenn dem Angeklagten durch seine Vernehmung Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist, besteht in solchen Fällen kein Grund dafür, das weitere Verfahren von der Anwesenheit des Angeklagten abhängig zu machen. In § 231 Abs. 2 findet sich eine solcher Sachlage gerecht werdende Regelung. Nachdem in § 231 Abs. 1 davon die Rede gewesen ist, daß der erschienene Angeklagte sich aus der Hauptverhandlung nicht entfernen dürfe usw., fährt Abs. 2 fort: „Entfernt der Angeklagte sich dennoch, oder bleibt er bei der Fortsetzung einer unterbrochenen Hauptverhandlung aus, so kann diese in seiner Abwesenheit zu Ende geführt werden, wenn seine Vernehmung über die Anklage schon erfolgt war und das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich erachtet."

Die Motive (S. 186) führen ganz richtig als prinzipiellen Gesichtspunkt für die Regelung des § 194 Abs. 2, des heutigen § 231 Abs. 2, an, daß die Anwesenheit weder zur Erforschung der Wahrheit noch zur Verteidigung benötigt werde. Nach den Motiven war „ferner maßgebend" die Erwägung, daß es einem Angeklagten unmöglich gemacht werden müsse, eine vielleicht fast zu Ende geführte Verhandlung dadurch zum Scheitern zu bringen, daß er an der Verhandlung nicht weiter teilnimmt. Die Rechtsprechung [44]) und das Schrifttum [45]) haben eigenartigerweise nur den letzten Gesichtspunkt aufgegriffen. Da der gedachte Fall ein Verschulden des Angeklagten enthalten würde, sind sie infolgedessen zu dem Ergebnis gelangt, daß § 231 Abs. 2 nur Anwendung finden könne, wenn sich das Entfernen oder Ausbleiben des Angeklagten als Verschulden, ein Fehlen entgegen dem Willen des Gerichts, darstellt. Diese Einschränkung des § 231 Abs. 2, die weder aus den vorangestellten grundsätzlichen Gesichtspunkten folgt, noch im Gesetz einen Anhalt findet, hat die Rechtsprechung zum Teil zu bedenklichen Konstruktionen und zu unbefriedigenden Urteilen geführt.

In der für die Rechtsprechung und das gesamte Schrifttum maßgebend gewordenen Entscheidung RG. Bd. 22 Nr. 80 war der An-

---

44) RG. Bd. 22 S. 248; Bd. 29 S. 295; Bd. 31 S. 398; Bd. 40 S. 230; Bd. 42 S. 246; Bd. 52 S. 68; OLG. Breslau, Goltd. Arch. Bd. 59 S. 173; Dresden in JW. 1930 S. 734.

45) Löwe-Rosenberg § 231, 6; Kohlrausch § 247, 1; Schwarz § 231, 2; Feisenberger § 231, 4; Gerland S. 347; v. Feilitzsch in Goltd. Arch. Bd. 44 S. 312.

geklagte während der Beratung ohnmächtig geworden und infolgedessen beim Wiedererscheinen des Gerichts nicht im Verhandlungszimmer. So wurde das Urteil in Abwesenheit des Angeklagten verkündet. Darin hat das Reichsgericht einen Verstoß erblickt. Es bemerkt zunächst, daß weder ein „Entfernen aus der Hauptverhandlung" noch ein „Ausbleiben nach stattgefundener Unterbrechung" vorliege. Das ist zwar an sich richtig, aber kein Grund gegen die Anwendung des § 231 Abs. 2. Die Fassung des Abs. 2 erklärt sich aus dem (räumlichen) Anschluß an Abs. 1, in dem gesagt ist, daß der Angeklagte sich aus der Verhandlung nicht entfernen dürfe. Gemeint hat das Gesetz vielmehr den ganzen weiteren der Vernehmung folgenden Verlauf der Hauptverhandlung, da kein Grund für eine unterschiedliche Regelung ersichtlich ist. Das Reichsgericht (RG. Bd. 22 S. 248) hält das Argument anscheinend selbst nicht für überzeugend, denn es erklärt weiter unten, daß der Wortlaut des § 231 Abs. 2 die Annahme zulasse, daß das Ausbleiben auch ein unfreiwilliges, unverschuldetes sein könne. RG. Bd. 49 S. 41 ff. will jedoch aus dem Worte „dennoch" in § 231 Abs. 2 schließen, daß das Ausbleiben ein freiwilliges, verschuldetes sein müsse. Diese Meinung ist aber aus dem eben erwähnten Grunde abzulehnen.

Stark beeinflußt sind die Entscheidungen des Reichsgerichts durch die einseitige Beachtung des Satzes in den Motiven, einem Angeklagten solle es unmöglich gemacht werden, eine vielleicht fast zum Abschluß gebrachte Verhandlung zum Scheitern zu bringen. Das Reichsgericht kommt so zu der Meinung, „daß es der ganzen Tendenz und der Eigenart der StPO. widerspreche, gegen einen Angeklagten ein sogen. Ungehorsamsverfahren zuzulassen"; das drücke sich darin aus, daß das Gesetz in anderen Fällen einem Beschuldigten den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung gewähre, wenn er infolge eines von seinem Willen unabhängigen Ereignisses am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert gewesen sei. Bei dieser Beweisführung übersieht das Reichsgericht aber, daß § 235 auch im Falle des § 231 Abs. 2 eine Wiedereinsetzung vorsieht [46]). Freilich wird dies von einigen geleugnet. Das OLG. Breslau [47]) faßt in Anlehnung an RG. Bd. 22 S. 248 ff. nur Fälle schuldhaften Ausbleibens unter § 231 Abs. 2, für die allerdings eine Wiedereinsetzung nicht in Frage kommt, weil schuldhafte Säumnis niemals ein unabwendbares Ereignis sein kann, und gelangt mithin zu dem Ergebnis, § 235 leide keine Anwendung auf § 231 Abs. 2. Das OLG. Breslau bewegt sich damit im Kreise: Die Entscheidung des Reichsgerichts, von der es ausgeht, beruht ja

---

46) Löwe-Rosenberg § 235, 1; Bennecke-Beling S. 521 Note 20; Mot. S. 188; OLG. Dresden in JW. 1930 S. 734.
47) Goltd. Arch. Bd. 59 S. 173.

hauptsächlich auf der implicite erklärten Unanwendbarkeit der Bestimmungen aufeinander. Bejaht wird die Frage von den Motiven, Bennecke-Beling, Löwe-Rosenberg und OLG. Dresden[48]); allerdings ohne Begründung. Bemerkenswert ist hierbei, daß Löwe-Rosenberg bei der Erläuterung des § 235 anders als bei der des § 231 damit rechnet, daß unter § 231 Abs. 2 auch Fälle unverschuldeten Ausbleibens fallen können.

Daß § 235 für § 231 Abs. 2 in Frage kommt, dieser mithin nicht nur bei schuldhaftem Ausbleiben gilt, zeigt folgende Überlegung. Bei der entgegengesetzten Annahme hat § 235 nur Bedeutung für den Fall, daß der nach § 233 vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbundene Angeklagte, ohne daß er vertreten war, verurteilt worden ist. Hätte das Gesetz nur diesen Fall im Auge gehabt, so hätte es eine Bestimmung entsprechenden Inhalts unmittelbar dem § 233 angefügt und in § 235 Abs. 1 nicht eine so allgemeine Fassung gewählt. § 235 Abs. 1 will — das ist der Eindruck bei unbefangenem Lesen der Vorschriften über das Erfordernis der Anwesenheit des Angeklagten (§§ 230 bis 234) — die Frage regeln, unter welchen Bedingungen ein Angeklagter, in dessen Abwesenheit eine Hauptverhandlung durchgeführt worden ist, Wiedereinsetzung verlangen kann. Auf eine einzige Bestimmung bezieht sich der § 235 nach seiner ganzen Fassung nicht. Die Gegenüberstellung des Abs. 1 und des Abs. 2 zeigt deutlich, daß in Abs. 2 eine kleinere Zahl von Fällen aus der größeren Zahl des Abs. 1 herausgehoben und abweichend behandelt werden soll. § 235 Abs. 1 muß also mehr Fälle als die in § 235 Abs. 2 behandelten des § 233 umfassen.

Zu welchen Widersprüchen die entgegengesetzte Ansicht geführt hat, möge die Entscheidung des OLG. Dresden (JW. 1930 S. 734) zeigen. Dort war der Angeklagte in seiner Abwesenheit, die, wie sich hinterher herausstellte, auf einem unabwendbaren Ereignis beruhte, verurteilt worden. Die Revision scheiterte daran, daß dies nicht aus den Akten ersichtlich war. Wohl deshalb gab das Oberlandesgericht den Rechtsbehelf des § 235. In der Entscheidung heißt es wörtlich: „Die Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt aber auch dann vor, wenn der Angeklagte im Falle des § 231 Abs. 2 in dem zur Fortsetzung der Hauptverhandlung anberaumten Termine nicht im Sinne dieser Vorschrift „ausgeblieben“ ist, das heißt, nicht vorsätzlich ausgeblieben ist, am Erscheinen in diesem Termin vielmehr infolge eines für ihn unabwendbaren Ereignisses verhindert worden ist“. Nach dieser Fassung enthält der § 231 Abs. 2 also doch Fälle unverschuldeten Ausbleibens, die allerdings, was offenbar wider-

48) s. Anm. 46.

spruchsvoll ist, nicht als Fälle des § 231 Abs. 2 angesehen werden sollen!

Die vorstehende Entscheidung berührt eine praktische Frage, die für die hier vertretene Ansicht spricht. Beim Ausbleiben wird der Richter wohl meistens nicht feststellen können, ob das Ausbleiben auf ein unabwendbares Ereignis zurückzuführen ist; er müßte sich aber gleichwohl nach der herrschenden Lehre darüber schlüssig werden. Meines Erachtens ist der Gedanke des Gesetzes vielmehr der, es solle beim Ausbleiben des Angeklagten, sofern seine Anwesenheit nicht erforderlich ist, ohne ihn verhandelt werden, ganz gleich, auf welchem Grunde das Nichterscheinen beruhen mag; stellt sich hinterher heraus, daß das Ausbleiben auf ein unabwendbares Ereignis zurückzuführen ist, so soll, falls es rechtzeitig beantragt ist, Wiedereinsetzung gewährt werden. Die Regelung ist genau so gedacht wie in der Zivilprozeßordnung, wo auch der Grund der Säumnis zunächst nicht geprüft wird.

Eine Wiedereinsetzung nach einer gemäß § 231 Abs. 2 durchgeführten Hauptverhandlung hätte der Gesetzgeber übrigens nicht geben sollen. Da die Verhandlung doch nur stattfindet, wenn ohne Zugegensein des Angeklagten die Wahrheit ermittelt werden kann und der Angeklagte zur Verteidigung Gelegenheit gehabt hat, kann von einer neuen Verhandlung nur eine Wiederholung des bereits Vorgebrachten erwartet werden. Sie verstößt gegen den Grundsatz der Sparsamkeit der Rechtspflege und ist ihrem Ansehen abträglich. Die mißlungene gesetzliche Regelung erklärt sich daraus, daß bisher der Anwesenheit des Angeklagten in diesen Ausnahmefällen eine zu große Bedeutung beigemessen worden ist. Auch spielt wohl eine Verbindung mit der französischen procédure par défaut eine gewisse Rolle. Die unzutreffende Bezeichnung „Ungehorsamsverfahren" deutet darauf hin und hat die abgelehnte Meinung mit hervorgerufen.

Aus der hier vertretenen Ansicht über die Voraussetzungen des § 231 Abs. 2 folgen befriedigendere Entscheidungen als aus der gegenteiligen. In RG. Bd. 40 Nr. 67 ff. hat das Reichsgericht ein Urteil aufgehoben, weil der Vorderrichter den Angeklagten „auf seine Bitte für kurze Zeit hatte abtreten lassen", wie es im Protokoll hieß. Der Angeklagte war in einem Zeitpunkt abwesend, in dem seine Gegenwart weder zur Wahrheitserforschung noch zur Verteidigung von Bedeutung war. Das Reichsgericht erwägt, ob die Abwesenheit durch § 247 Abs. 1 oder § 231 Abs. 2 gerechtfertigt sei. § 247 Abs. 1 lehnt es ab, weil, wie es meint, dieser nur gilt, wenn der Angeklagte gegen seinen Willen den Sitzungssaal verlassen muß; § 231 Abs. 2 scheidet das Reichsgericht mit der Begründung aus, daß der Angeklagte sich nicht, wie diese Bestimmung verlange, gegen den Willen des Gerichts entfernt habe. So wurde das Urteil aufgehoben, obwohl kein Grund für

die Anwesenheit des Angeklagten bestand. Meines Erachtens war die Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten nach § 231 Abs. 2 gerechtfertigt, da der Grund des Nichtanwesendseins in § 231 Abs. 2 ganz gleichgültig ist. Daß dies Ergebnis das befriedigendere ist, weil es verhütet, daß auf Grund unerheblicher Umstände ein Urteil aufgehoben wird, dürfte kaum angezweifelt werden. Eine „Beurlaubung" ist also in gewissen Fällen möglich. Wie die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt, sind solche Beurlaubungen sehr oft als nützlich empfunden und deshalb vorgenommen worden.

Auch in den Fällen RG. Bd. 31 S. 398 ff. und Bd. 42 S. 246 ff., wo die Angeklagten infolge Erkrankung lediglich bei der Urteilsverkündung fehlten, hätte die Revision verworfen werden müssen. Zutreffend hatte das LG. Hamburg (RG. Bd. 31 S. 398) ausgeführt, daß die Abwesenheit nicht schade, weil die Anwesenheit des Angeklagten bei der Urteilsverkündung selbst im allgemeinen ohne Bedeutung sei, und weil im gegebenen Falle auch nicht zu erwarten war, daß der Angeklagte beim Erscheinen des Gerichts nach der Beratung noch etwas Erhebliches vorbringen würde. Die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichts befremdet, da sie unpraktisch ist. Ist der Angeklagte einmal in Erwartung des Urteils zusammengebrochen, so wird er bei einem neuen Verfahren, das für ihn eine Fortsetzung der Anstrengung bedeutet, kaum widerstandsfähiger sein. In einem Verfahren gegen mehrere Angeklagte, muß sich, wenn man dem Reichsgericht folgt, die Gefahr, daß die Verhandlung wiederholt werden muß, noch vergrößern. — Allerdings hätte auch nach unserer Ansicht dem Angeklagten Wiedereinsetzung gewährt werden müssen, wenn solche rechtzeitig beantragt worden wäre. Hier zeigt sich wieder, wie verfehlt der § 235 ist.

§ 233.

In § 233 nimmt das Gesetz sogar von der Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung Abstand. Dieser lautet in der Fassung der Verordnung vom 6. Oktober 1931 (GBl. S. 537, 563): „Im Verfahren vor dem Amtsrichter und dem Schöffengericht (und damit der Großen Strafkammer I. Instanz) [50]) kann der Angeklagte, auch wenn ein Verbrechen, das nicht nur wegen Rückfalls Verbrechen ist, den Gegenstand der Aburteilung bildet, auf seinen Antrag von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden werden, sofern es sich um eine Strafe von geringerer Bedeutung handelt."

Wird der Angeklagte von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden, so muß er, wenn seine richterliche

50) Gemäß VO. vom 14. Juni 1932 (RGBl. I S. 285) 1. Teil, Kap. I, Art. 1, § 2.

Vernehmung nicht schon im Vorverfahren erfolgt ist, durch einen beauftragten oder ersuchten Richter über die Anklage vernommen werden.

Von dem zum Zwecke der Vernehmung anberaumten Termine sind die Staatsanwaltschaft und der Verteidiger vorher zu benachrichtigen; ihrer Anwesenheit bei der Vernehmung bedarf es nicht. Das Protokoll über die Vernehmung ist in der Hauptverhandlung zu verlesen.

Da § 233 nicht von der Vernehmung des Angeklagten überhaupt, sondern nur von seiner Vernehmung vor dem erkennenden Gericht absieht, besteht die Eigenart der Vorschrift in der Ausnahme von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit, soweit es sich um die Person des Angeklagten handelt. An die Stelle der Vernehmung des Angeklagten tritt nämlich die Verlesung seiner Erklärung über die Anklage, wie sie in dem Protokoll über die Vernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter enthalten ist.

Eine Besonderheit des § 233 gegenüber § 231 kann nicht darin erblickt werden, daß § 233 nicht wie § 231 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß das Verfahren ohne Anwesenheit des Angeklagten nur zulässig ist, wenn das Gericht die Anwesenheit des Angeklagten nicht für erforderlich hält. Nach § 236 steht dem Gericht in allen Sachen die Befugnis zu, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen und zu erzwingen; und diese Befugnis wird durch die dem Richter gestellte Aufgabe der Wahrheitserforschung zugleich zur Pflicht, wenn die Anwesenheit des Angeklagten notwendig ist. Die Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung kann das Gericht mithin nur beschließen, wenn es die persönliche Anwesenheit des Angeklagten nicht für erforderlich hält. § 233 stellt sich also, wie § 231 Abs. 2, als sachgemäße Begrenzung des grundsätzlichen Erfordernisses dar, daß der Angeklagte bei der ganzen Verhandlung zugegen sein muß.

Der Gesetzgeber hat sich indessen nicht vornehmlich von dieser Erkenntnis leiten lassen. Die Motive [51]) bemerken zu § 196, dem Vorläufer des jetzigen § 233, er rechtfertige sich durch die Erwägung, daß in Fällen, wo eine geringe Strafe zu erwarten sei, das Erscheinen in der Hauptverhandlung bei weiter Entfernung für den Angeklagten ein größeres Übel bedeuten könne als die Strafe selbst. Das konnte jedoch nur für die Fälle des damaligen § 196 zutreffen. Die Entbindung vom Erscheinen war nur zulässig, wenn dem Angeklagten lediglich ein mit Geldstrafe, Freiheitsentziehung bis zu sechs Wochen oder mit Einziehung bedrohtes Delikt zur Last gelegt war und man dem Angeklagten wegen der großen Entfernung von seinem Wohnsitz zum Ort des erkennenden Gerichts das Erscheinen nicht zumuten

51) S. 187.

wollte. Heute kann die Entbindung jedoch sogar bei Rückfallsverbrechen beschlossen werden, und zwar nicht nur wegen großer Entfernung. Die Erweiterungen sind durch Notverordnungen eingeführt worden. Daraus erhellt, daß der Sparsamkeitsgedanke der Neuregelung zugrunde liegt [52]). Der Gedanke der Sparsamkeit tritt aber hinter dem Ziel der vollständigen Wahrheitserforschung zurück; denn die Entbindung darf nur beschlossen werden, wenn es sich um Sachen von minderer Bedeutung handelt, bei denen kein wesentliches Interesse an der restlosen Wahrheitserforschung bestehen kann. Die aus finanziellen Gesichtspunkten getroffene Regelung entspricht mithin noch dem Grundgedanken des § 233 und hat deshalb nichts eingeführt, was mit dem bisherigen Grundgedanken unvereinbar wäre.

Im einzelnen ist zu § 233 folgendes zu erläutern: Der Antrag kann bis zum Beginn der Hauptverhandlung gestellt werden, da das Gesetz keine Frist gesetzt hat [53]). Er muß von dem Angeklagten oder einem besonders dazu ermächtigten Verteidiger gestellt werden. Der Verteidiger als solcher kann den Antrag nicht stellen, da es sich um die Ausübung eines Rechts handelt, der Verteidiger jedoch, weil er nur Beistand, nicht aber Vertreter ist, die Rechte des Angeklagten grundsätzlich nicht selbst ausüben kann [54]).

Der Beschluß des Gerichts über die Entbindung wird erst wirksam mit der Zustellung an den Angeklagten; Zustellung an den Verteidiger genügt nicht [55]). Der Beschluß hat immer nur Wirkung für eine Instanz [56]). Das folgt daraus, daß das jeweils erkennende Gericht die Anwesenheit des Angeklagten für nicht erforderlich halten muß (§ 236). Die Befreiung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung kann auch im Berufungsverfahren auf Grund des § 233 erteilt werden. Kohlrausch [57]) machte dagegen Bedenken geltend. Da die Verordnung vom 4. Januar 1924, die als jüngeres Gesetz der Strafprozeßordnung vorgehe, keinen Hinweis auf das Berufungsverfahren der Strafprozeßordnung enthalte, soll die Entbindung im Berufungsverfahren unzulässig sein. Demgegenüber weist das Reichsgericht [58]) mit Recht darauf hin, daß eine solche Auffassung dem Zweck der Neuregelung, eine Verbilligung der Rechtspflege herbeizuführen, nicht genügt. Auch im Berufungsverfahren kommt es auf Sparsamkeit an. Zur Erforschung der Wahrheit und zur Verteidigung ist die An=

---

52) RG. Bd. 66 S. 365.
53) Löwe-Rosenberg § 233, 5.
54) RG. Bd. 54 S. 211.
55) RG. Bd. 44 S. 48.
56) RG. Bd. 64 S. 239.
57) 21. Aufl. § 233, 2; a. A.: 24. Aufl. § 233, 2.
58) RG. Bd. 62 S. 259; Bd. 64 S. 244; Bd. 66 S. 365.

wesenheit des Angeklagten in der Berufungsverhandlung nicht von größerer Bedeutung als in der ersten Instanz.

Die vorher erfolgte Vernehmung des Angeklagten kann eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nur dann ersetzen, wenn sie so vollständig ist, wie die Vernehmung in der Hauptverhandlung hätte sein müssen[59]). Ändert sich also die Sach- oder Rechtslage während der Hauptverhandlung, werden auch nur neue Zeugen vernommen, so genügt die vorher erfolgte Vernehmung nicht[60]). Dem steht nicht entgegen, daß nach dem Wortlaut des Abs. 2 die Vernehmung „über die Anklage" erfolgen soll. Damit hat das Gesetz nur den typischen Fall im Auge, nämlich den, daß eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage nicht eintritt und der Sachverhalt der Anklage sich infolgedessen mit dem des Urteils deckt. Entsprechen kann die vorweggenommene Vernehmung derjenigen in der Hauptverhandlung nur dann, wenn, wie in dieser, der Angeklagte als Beschuldigter, und nicht etwa als Zeuge vernommen worden ist; so mit Recht die herrschende Lehre[61]). In der Tat ist die psychologische Einstellung einer Person und damit ihre Erklärung eine andere je nach dem, ob sie als Zeuge oder Beschuldigter vernommen wird. Insbesondere kann die Person ja als Zeuge nicht erklären, ob sie die Tat bereue usw.; auch werden ihre persönlichen Verhältnisse, die für die Beurteilung der Tat berücksichtigt werden müssen, nicht genügend festgestellt. Das Reichsgericht (Bd. 19 S. 247/8) hat es jedoch für ausreichend befunden, daß der Angeklagte als Zeuge vernommen worden war. Es stützt sich einmal darauf, daß in § 233 Abs. 2 von „Vernehmung" und nicht von „Verhör" die Rede ist. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch in § 243 Abs. 2 von der Vernehmung gesprochen wird, wo es sich zweifellos um eine Äußerung auf eine Beschuldigung handelt. Außerdem führt das Reichsgericht an, daß § 233 ja auch Vernehmungen des jetzigen Angeklagten im Vorverfahren genügen lasse, bei dem mangels einer Anklage von einem Angeschuldigten nicht die Rede sein könne. Aber auch ohne Vorliegen einer Klage kann der Beschuldigte sich über eine ihm zur Last gelegte Handlung erklären. Die Argumente des Reichsgerichts haften viel zu sehr am Wortlaut und berücksichtigen die vorangestellten Gesichtspunkte zu wenig, als daß man sie für durchschlagend halten könnte. Das gilt um so mehr, als RG. Bd. 12 S. 47 zu § 265 den Ausdruck „über die Anklage" nicht wörtlich, sondern, wie hier, sinngemäß aufgefaßt hatte. Übrigens führt auch die Entscheidung RG. Bd. 19 S. 247/8 den Gedanken an, den wir zum

59) RG. Bd. 12 S. 45.
60) RG. Bd. 12 S. 45; Löwe-Rosenberg § 233, 6; Schwarz S. 233, 1.
61) Löwe-Rosenberg § 233, 8; Kohlrausch § 233, 5; Schwarz § 233, 2; Frank in ZStW. Bd. 12 S. 335; Kleinfeller in GS. Bd. 45 S. 356.

Ausgangspunkt genommen haben, daß die Vernehmung vollständig sein müsse. Dazu hätte das Reichsgericht aber, wie oben dargestellt, gerade die Erklärung auf die Beschuldigung rechnen müssen.

Die Vernehmung durch den kommissarischen Richter soll dem Angeklagten auch Gelegenheit geben, Anträge zu stellen, die er in der Hauptverhandlung hätte stellen können. Die Anträge sind dann als in der Hauptverhandlung gestellt anzusehen. Es schadet nicht, daß z. B. die Ablehnung eines Richters erst nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses aus dem Protokoll über die Vernehmung verlesen wird[62]).

Sei es möglich, daß der Angeklagte gemäß § 233 von der Teilnahme an der ganzen Verhandlung befreit werden könne, so müsse es zulässig sein, so wird gelehrt[63]), ihn in den Fällen des § 233 auch von den einzelnen Teilen der Hauptverhandlung zu entbinden. Die Ansicht wird vom Reichsgericht[64]) mit der Begründung abgelehnt, es liege kein Fall des § 233 vor, wenn der Angeklagte einmal in der Hauptverhandlung erschienen sei; § 233 handele nur von dem nichterschienenen Angeklagten, während das nachträgliche Entfernen, soweit nicht § 237 zur Anwendung komme, abschließend durch § 231 Abs. 2 geregelt sei, der voraussetze, daß der Angeklagte die Verhandlung gegen den Willen des Gerichts verlasse. Das Reichsgericht verneint also die Zulässigkeit einer Beurlaubung. Dem Reichsgericht ist darin zuzustimmen, daß es sich um einen Fall des § 231 Abs. 2 handelt und nicht um einen solchen des § 233. Wie bereits oben S. 25 ausgeführt worden ist, kann aber entgegen der allgemeinen Ansicht auf Grund des § 231 Abs. 2 eine Beurlaubung vorgenommen werden. Die Ansicht von Hafner zeigt, wie notwendig es ist, den Begriff „ausbleiben" und „entfernen" nicht als Verschulden aufzufassen. In der Tat wird man, wie Hafner sagt, angesichts des Ergebnisses des Reichsgerichts ein unbefriedigtes Gefühl nicht los.

§ 232.

Noch weiter als in § 233 hat das Gesetz den Gedanken des § 231 Abs. 2 in § 232 fortgesetzt. Ist die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nur mit Geldstrafe, Haft oder Einziehung, allein oder in Verbindung miteinander, bedroht, so kann ohne den Angeklagten selbst dann verhandelt werden, wenn er überhaupt nicht vernommen worden ist. In diesen Fällen ist die Aufklärung der Tat meistens leichter als bei schwereren Delikten, und die Würdigung der Persönlichkeit des

62) RG. Bd. 19 S. 249.
63) Hafner in JW. 1933 S. 965.
64) RG. in JW. 1933 S. 965.

Angeklagten spielt bei der Geringfügigkeit der Delikte mit mehr polizeilichem Charakter keine wesentliche Rolle[65]). Ein staatliches Interesse an völliger Wahrheitserforschung besteht hier nicht. Daher entspricht die gesetzliche Regelung durchaus dem Wesen der Sache.

Um ein Versäumnisverfahren handelt es sich in § 232 nicht, da eine Sachprüfung stattfindet[66]).

Daß das Ausbleiben auf einem Verschulden beruhen müsse, ist hier ebenso abzulehnen wie bei § 231 Abs. 2.

Das Verfahren nach § 232 Abs. 1 setzt lediglich voraus, daß der Angeklagte bei der Ladung darauf hingewiesen wurde, daß die Verhandlung ohne ihn stattfinden kann (435, 2).

Die Ladung kann nach Abs. 3, der durch die Novelle vom 28. Juni 1936 (GBl. S. 844 ff.) eingefügt worden ist, auch eine öffentliche sein. Öffentliche Ladung ist nach § 40 zulässig, wenn die Zustellung an den Beschuldigten nicht in der vorgeschriebenen Weise im Deutschen Reich bewirkt werden kann und die Befolgung der für Zustellungen im Auslande bestehenden Vorschriften unausführbar oder voraussichtlich erfolglos erscheint. Damit ist im wesentlichen das bis dahin in den §§ 276 ff. geregelte Verfahren gegen Abwesende ersetzt worden[67]). Der Begriff „ausbleiben" in § 232 Abs. 1 umfaßt jetzt zum Teil auch Fälle der Abwesenheit im früheren Sinne und hat damit eine Erweiterung erfahren. Bislang wurde nämlich unter einem ausgebliebenen Angeklagten ein solcher verstanden, der zwar nicht erschienen war, sich aber immerhin derart in der Gewalt des Gerichtes befand, daß dieses ihn z. B. zwangsweise vorführen lassen konnte; abwesende Angeklagte waren dagegen solche, deren Aufenthalt unbekannt oder deren Ladung im Ausland unausführbar oder voraussichtlich erfolglos war (§ 278 a. F.). Der Begriff „abwesend" ist mithin im Gesetz als terminus technicus nicht mehr zu finden. Es empfiehlt sich aber, die bisherige Ausdrucksweise beizubehalten, weil sie auf den sachlichen Unterschied aufmerksam macht, der auch heute noch bei den schwereren Delikten zu verschiedener rechtlicher Behandlung führt.

Durch die Novelle von 1935 ist der Umfang des Verfahrens gegen abwesende Angeklagte erweitert worden, findet es nun (gemäß § 232) doch auch bei Taten statt, die mit Haft bedroht sind. Eine weitere Änderung besteht darin, daß jetzt insoweit dem Angeklagten auch die Wiedereinsetzung nach § 235 gegeben ist. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung von Ausbleiben und Abwesenheit in § 232. Keine Abweichung liegt darin, daß das Gesetz nicht mehr wie in § 281 a. F.

---

65) Mot. S. 239; Buchner S. 56.
66) Beling S. 373.
67) Niethammer S. 51; Rempe S. 80.

die öffentliche Zustellung des Urteils besonders vorschreibt. Diese muß auch jetzt erfolgen. Verwandte und Ehegatten haben jetzt nicht mehr wie ehedem gemäß § 282 a. F. ein Recht zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen das in Abwesenheit ergangene Urteil.

Bei dem Abwesenheitsverfahren nach § 232 Abs. 3 taucht ähnlich wie bei dem noch zu behandelnden Verfahren gegen Flüchtige die Frage auf, welchen Sinn es hat, gegen einen zur Zeit nicht erreichbaren Angeklagten ein Urteil zu erlassen. Die Frage ist hier jedoch leichter zu beantworten. Würde man nicht zur Hauptverhandlung schreiten, so müßte nach dem Beschuldigten geforscht werden, wodurch Kosten entstehen können, die im Verhältnis zur Bedeutung der Angelegenheit viel zu hoch wären. Darum ist es besser, ein Urteil zu fällen, wenn es auch nicht gewiß ist, daß der Angeklagte die Strafe fühlen wird. Selbst die Motive [68]), die ein Abwesenheitsverfahren im allgemeinen ganz entschieden ablehnen, halten es aus dem angeführten Grunde bei leichten Fällen wie denen des früheren Abwesenheitsverfahrens für angebracht.

§ 411 Abs. 2.

Im Verfahren nach amtsrichterlichen Strafbefehlen kann sich der Angeklagte nach § 411 Abs. 2 durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Strafbefehlsverfahren zulässig ist zur Festsetzung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten sowie zur Einziehung und Bekanntmachung der Entscheidung. Ursprünglich sah die Strafprozeßordnung nur Geldstrafen von höchstens 150 M., Freiheitsstrafen von höchstens sechs Wochen sowie Einziehung vor und wich damit von dem damaligen § 195, dem heutigen § 232, nur insoweit ab, als im Strafbefehlsverfahren auch Gefängnisstrafe von derselben Dauer angeordnet werden konnte. Es war daher wohl zu verstehen, wenn die Motive [69]) sagten: „Aus denselben Grundgedanken, auf welchen die Zulassung eines Ungehorsamsverfahrens für geringfügige Strafsachen beruht (§ 232), ist die Einrichtung (das Strafbefehlsverfahren) . . . hervorgegangen." Immerhin war die, wenn auch geringe Abweichung in den Strafarten damit nicht erklärt. Da heute die beiden Bestimmungen noch viel weniger übereinstimmen, ist sogar geleugnet worden, daß die Vertretungsbefugnis in § 411 Abs. 2 in der Geringfügigkeit ihren Grund habe [70]). Beling [71]) führt die Zulässigkeit der Vertretung auf den „summarischen" Charakter des Strafbefehlsverfahrens zurück. Hier, lehrt Beling, werde der Ver-

68) S. 239.
69) S. 285.
70) OLG. Breslau in JW. 1926 S. 2232.
71) JW. 1932 S. 124.

such gemacht, ohne den Angeklagten auszukommen; sei das Urteil erster Instanz da, so sei der Versuch gescheitert; es müsse daher in der Berufungsinstanz im selben Maße wie sonst, wenn kein Strafbefehl vorangegangen ist, die Anwesenheit des Angeklagten verlangt werden. Dagegen hat Schäfer[72]) zutreffend darauf hingewiesen, daß der Versuch eines summarischen Verfahrens doch gescheitert sei, sobald Einspruch eingelegt sei, und daß auf diese Weise nicht erklärt werden könne, warum in der Verhandlung, die auf den durch den Einspruch erledigten Strafbefehl folge, der Angeklagte nicht anwesend zu sein brauche. Es bleibt daher trotz der unverständlichen Abweichung von § 232 nichts anderes übrig, als mit den meisten[73]) den Grund in der Geringfügigkeit der Fälle zu suchen. Daraus folgt aber, daß der Angeklagte sich auch im Berufungsverfahren vertreten lassen kann; denn die Bedeutung der Sache ist im Berufungsverfahren nicht größer als in der Vorinstanz. Nun meinen allerdings manche[74]), daß § 411 Abs. 2 im Berufungsverfahren deshalb nicht gelten könne, weil die Absätze 1 und 3 des § 411 nur für die erste Instanz in Betracht kämen und daß nicht anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber einmal in Abs. 1 die Hauptverhandlung I. Instanz dann in Abs. 2 auch die II. Instanz und in Abs. 3 schließlich wieder nur die Hauptverhandlung I. Instanz im Sinne gehabt haben sollte, ohne dies in der Formulierung hervorzuheben. Aber einmal ist es nicht richtig, daß sich Abs. 3 nur auf die erste Instanz bezieht. Auch das Berufungsgericht ist an die Straffestsetzung im Strafbefehl nicht gebunden[75]). Ferner muß eine derart äußerliche Argumentation ganz allgemein als verfehlt abgelehnt werden. Man muß vielmehr, wie es auch das Reichsgericht getan hat, auf den inneren Grund der Bestimmung abstellen. Dann aber muß man, wie bereits ausgeführt, § 411 Abs. 2 auch im Berufungsverfahren gelten lassen.

Im Verfahren gegen Jugendliche ist die Vertretungsbefugnis enger umgrenzt, weil nach § 39 JGG. gegen Jugendliche durch Strafbefehl nur Geldstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Einziehung verhängt werden darf.

§ 387.

Im Privatklageverfahren hat der Gesetzgeber die Anwesenheitspflicht des Angeklagten aus denselben Gründen wie bei § 232 und § 411 Abs. 2 fallen lassen. Er hält die Verfahren für zu unbedeutend,

---

72) in JW. 1932 S. 3117.

73) RG. Bd. 66 S. 68; Bayr. Ob. LG. in JW. 1932 S. 3118; Herrmann in JW. 1916 S. 1578 u. a. m.

74) Bayr. Ob. LG. in JW. 1925 S. 1016; OLG. Karlsruhe in JW. 1925 S. 2379; OLG. Breslau in JW. 1926 S. 2232 u. a. m.

75) Herrmann in JW. 1916 S. 1578.

während er andererseits in der Pflicht zum Erscheinen ein zu großes Übel für den Angeklagten erblickt[76]). Bei der Schaffung des § 387 hat auch die Meinung mitgespielt, daß das Privatklageverfahren mehr zivilprozessualen Charakter habe[77]). Diese Auffassung wird heute allgemein abgelehnt. Die ganze Einrichtung des Privatklageverfahrens wird heute als verfehlt betrachtet und wird bei der zu erwartenden Neuregelung des Strafverfahrens fortfallen. Es ist daher nicht mehr nötig, auf die Privatklage näher einzugehen.

2. aus sonstigen Gründen.

§ 247 Abs. 1.

Die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung fördert erfahrungsgemäß nicht immer den Zweck der Feststellung der materiellen Wahrheit und dient nicht stets berechtigter Verteidigung, sondern erschwert mitunter die Ermittelung der Wahrheit oder macht sie ganz unmöglich. Werden beispielsweise auf Leugnen eingestellte Mitangeklagte einer in Gegenwart des anderen vernommen, so wird ihnen die Unrichtigkeit schwer oder gar nicht nachzuweisen sein; wenn sie dagegen in Abwesenheit voneinander vernommen werden, so werden sie sich zum Teil widersprechen und dadurch überführt werden können. Wie viele Beispiele lehren, sehen sich Zeugen zuweilen gehindert, in Gegenwart eines Angeklagten eine vollständige und wahrheitsgetreue Aussage zu machen. Das gilt besonders von der Vernehmung jugendlicher Zeugen bei Sexualverbrechen. In solchen Fällen führt der oberste Grundsatz des Strafverfahrens, die Wahrheitserforschung, im Gegensatz zum Regelfall dahin, den Angeklagten zeitweise aus der Hauptverhandlung fernzuhalten. Dabei muß es gleichgültig sein, ob die Entfernung freiwillig oder unfreiwillig erfolgt: wichtig ist nur, daß die Vernehmung des Zeugen oder Mitangeklagten nicht in Gegenwart des (anderen) Angeklagten stattfindet. Die damit zunächst verbundene Beeinträchtigung der Verteidigung kann dadurch genügend wettgemacht werden, daß dem Angeklagten das Wesentliche des inzwischen Verhandelten mitgeteilt wird, sobald er wieder bei der Verhandlung anwesend ist. Diesen Erwägungen und Forderungen kommt der § 247 Abs. 1 nach: „Das Gericht kann den Angeklagten, wenn zu befürchten ist, daß ein Mitangeklagter oder ein Zeuge bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen werde, während dieser Vernehmung aus dem Sitzungszimmer abtreten lassen. Der Vorsitzende hat jedoch den Angeklagten, sobald dieser wieder vorge-

---

76) Mot. S. 276.
77) Mot. S. 279.

lassen worden, von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist."

Die Entfernung des Angeklagten ist nach dem Wortlaut des § 247 Abs. 1 nur zulässig für die Zeit der Vernehmung von Zeugen und Mitangeklagten, nicht aber bei der eines Sachverständigen oder bei einer sonstigen Beweisaufnahme. In diesen Fällen ist nach der Auffassung des Gesetzes, die sich auf die allgemeine Erfahrung gründet, die Befürchtung ausgeschlossen, daß die Anwesenheit des Angeklagten die Beweisaufnahme stören könnte. Bei der Augenscheinseinnahme und bei der Verlesung von Urkunden ist es sicher allgemein zutreffend. Dagegen sind auch Fälle denkbar, wo sich auch ein Sachverständiger in Gegenwart des Angeklagten an der Abgabe eines vollständigen Gutachtens behindert fühlt. Einen solchen Fall behandelt RG. Bd. 49 S. 40 ff. Der Sachverständige sollte über ein Magenleiden des Angeklagten ein Gutachten abgeben. Da es sich um ein unheilbares Leiden handelte, befürchtete der Sachverständige schwere gesundheitliche Schädigungen des Angeklagten, wenn dieser durch das Gutachten die Schwere seiner Erkrankung erführe. Daher beantragte der Sachverständige die Entfernung des Angeklagten, damit er sich ungehindert umfassend äußern könne. Im Einverständnis mit dem Gericht verließ der Angeklagte freiwillig das Sitzungszimmer. Da in diesem Falle von jedem Sachverständigen eine gleiche Einstellung erwartet werden konnte, hätte m. E. das Gericht den Angeklagten in analoger Anwendung des § 247 Abs. 1 abtreten lassen dürfen, weil hier eine Lücke im Gesetz angenommen werden muß, und solche Lücken durch entsprechende Anwendung ähnlicher Fälle auszufüllen sind. Eine Lücke liegt um deswillen vor, weil der Gesetzgeber nicht bedacht hat, daß ein Sachverständiger in eine solche seelische Zwangslage versetzt werden kann. In der Tat handelt es sich um verhältnismäßig seltene Fälle, von denen der Rechtsprechung vor Erlaß der Straßprozeßordnung anscheinend kein Fall begegnet war. Eine Lücke erblickt auch das Reichsgericht [78]. Es zieht jedoch nicht die Parallele zu § 247 Abs. 1, wohl deshalb, weil sich der Angeklagte freiwillig entfernte, das Reichsgericht aber, wie aus RG. Bd. 52 S. 69 zu entnehmen ist, § 247 auf das unfreiwillige Abtreten beschränkt. Das Reichsgericht zog daher, um das Verfahren des Vorderrichters zu rechtfertigen, den Grundsatz der Menschlichkeit zu Hilfe. Wie wir hat sich aber Beling [79] für entsprechende Anwendung des § 247 Abs. 1 auf Sachverständige erklärt.

78) RG. Bd. 49 S. 40.
79) S. 374.

Die allgemeine Ansicht[80]), daß § 247 Abs. 1 nur von einem erzwungenen Entfernen des Angeklagten handele, ist nicht begründet. Oben ist bereits dargelegt worden, daß keine Veranlassung besteht, die Willensrichtung des Angeklagten zu berücksichtigen. Warum die Erforschung der Wahrheit, der ja § 247 dienen will, nur gegen, nicht aber mit Willen des Angeklagten möglich sein soll, bleibt unverständlich. Aus dem Wortlaut des § 247 Abs. 1 läßt sich nichts für die engere Auffassung entnehmen. Die Worte „das Gericht kann den Angeklagten . . . . abtreten lassen", umfassen sprachlich auch die Fälle freiwilliger Entfernung. „Abtreten" wird z. B. in Dramen für freiwilliges Verlassen der Szene gebraucht; daß „lassen" auch den Sinn von „dulden" haben kann, sollte eigentlich keiner Erwähnung bedürfen. —

Einzelne Punkte müssen noch näher ausgeführt werden.

Die Befürchtung, daß eine Person die Wahrheit nicht sagen werde, muß durch bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte begründet sein. Eine bloße abstrakte Möglichkeit reicht nicht aus, weil mit solcher stets gerechnet werden könnte. Ein aktives Verhalten, insbesondere ein Verschulden des Angeklagten wird jedoch nicht erfordert[81]). Es kommt ja allein darauf an, daß die zu vernehmende Person ihre Aussage nur in Abwesenheit des Angeklagten wahrheitsgemäß machen kann. Durch § 247 Abs. 1 soll eine falsche Aussage verhindert, nicht aber überhaupt eine Aussage herbeigeführt werden, wie das Reichsgericht einmal angenommen hat[82]). In jenem Falle hatte der Zeuge erklärt, er werde von dem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen, falls er nicht in Abwesenheit des Angeklagten vernommen würde. Daß er in Anwesenheit des Angeklagten sich an einer vollständigen und richtigen Aussage behindert fühlen würde, hatte der Zeuge nicht vorgebracht. Nach den Gründen des Reichsgerichtsurteils muß angenommen werden, daß solches auch nicht der Fall war. Dennoch hat das Reichsgericht es gebilligt, daß auf die Erklärung des Zeugen hin der Angeklagte abgeführt wurde. Dazu gibt § 247 Abs. 1 kein Recht. Ob der Angeklagte der Verhandlung beiwohnen kann, darf nicht von der Willkür eines Zeugen abhängen. Ferner kann das Zeugnisverweigerungsrecht nicht bedingt ausgeübt werden. Der Zeuge hat keine Bedingungen zu stellen. Dadurch würde das Ansehen der Gerichte leiden. In dem Fall des Reichsgerichts war der Zeuge also nicht bereit, seine Aussage zu machen; denn er wollte nur unter einer unzulässigen Bedingung aussagen.

---

80) RG. Bd. 52 S. 68; Löwe-Rosenberg § 247, 3; Kohlrausch § 247, 1; Gerland S. 347.

81) RG. Bd. 60 S. 179; Kohlrausch § 247; Schwarz § 247, 1.

82) RG. in HRR. 1935 Nr. 1361.

Die Entfernung des Angeklagten muß vom Gericht beschlossen werden. Der Vorsitzende ist dazu nicht berechtigt[83]. Hat der Vorsitzende den Angeklagten abtreten lassen, und haben die beisitzenden Richter lediglich nicht widersprochen, so ist darin ein Gerichtsbeschluß nicht zu erblicken, denn bei der Schwierigkeit der Frage muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Beisitzer die Bedeutung des Vorgangs nicht klar erkannt haben.

Nur während der Vernehmung eines Zeugen darf der Angeklagte nach § 247 abwesend sein; daß er bei der Vereidigung fehlen dürfe, sagt § 247 Abs. 1 nicht. Sein Fehlen braucht aber unter Umständen im Hinblick auf § 231 Abs. 2 für die Vereidigung kein Hinderungsgrund zu sein. Im allgemeinen wird der Richter entgegen der Ansicht mancher[84] die Anwesenheit des Angeklagten bei der Vereidigung nicht für erforderlich halten können.

Nach seinem Wiedererscheinen ist der Angeklagte über den wesentlichen Inhalt des in seiner Abwesenheit Verhandelten von dem Vorsitzenden zu unterrichten. Ein Verstoß dagegen gibt jedoch keinen absoluten Revisionsgrund[85].

§ 247 Abs. 2.

Nach § 247 Abs. 2 kann der Angeklagte durch das Gericht entfernt werden, wenn er den zur Aufrechterhaltung der Ordnung gemäß § 176 GVG. vom Vorsitzenden getroffenen Anordnungen nicht Folge leistet (§ 177 GVG.). In Betracht kommen Fälle wie die, daß der Angeklagte lärmt oder um sich schlägt, trotz Verbots den Richter, Staatsanwalt oder Zeugen unterbricht oder sie beleidigt, sich sonstwie ungebührlich aufführt oder sich z. B. weigert, auf der Anklagebank Platz zu nehmen, obwohl er dazu mehrmals aufgefordert worden ist. Wenn der Angeklagte dann entfernt wird, so geschieht das im Interesse des Ansehens des Gerichts. Dieses Interesse steht höher als das an der Anwesenheit des Angeklagten. Würde das Verhalten des Angeklagten die Durchführung der Hauptverhandlung überhaupt unmöglich machen, so wird seine Entfernung um der Wahrheitserforschung willen angeordnet. Die Gründe des § 247 Abs. 2 sind also verschiedene.

§ 33 Abs. 2 JGG.

In Jugendstrafsachen wird man von der Anwesenheit des Angeklagten nur in ganz seltenen Fällen absehen können. Von der Möglichkeit, gemäß § 231 Abs. 2 oder § 233 ohne den Angeklagten zu

---

83) Löwe-Rosenberg § 247, 1.

84) RG. Bd. 39 S. 358; Löwe-Rosenberg § 247, 2.

85) Löwe-Rosenberg § 247, 14.

verhandeln, wird daher nur in beschränktem Maße Gebrauch gemacht werden dürfen [86]). Andererseits besteht gerade in Jugendstrafsachen die Gefahr, daß der Angeklagte durch seine Anwesenheit bei einzelnen Teilen der Verhandlung gesundheitlich oder sittlich Schaden nimmt. Daher bestimmt § 33 Abs. 2 JGG.: „Ist von einzelnen Erörterungen ein nachteiliger Einfluß auf den Angeklagten zu befürchten, so kann das Gericht anordnen, daß der Angeklagte während der Dauer der Erörterungen das Sitzungszimmer verläßt. Sobald der Angeklagte wieder vorgelassen ist, soll ihn der Vorsitzende über den wesentlichen Inhalt des inzwischen Verhandelten unterrichten."

In der Fassung ist die Vorschrift dem § 247 nachgebildet. Ihr Inhalt darf wohl auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 247 zurückgeführt werden. Das erhellt daraus, daß die Amtliche Begründung zu § 31 der Vorlage des Jugendgerichtsgesetzes als ersten Fall den einer Beweisaufnahme über den Geisteszustand des Angeklagten aufführt. Das zu § 247 Gesagte gilt daher auch für § 33 Abs. 2 JGG. Auch im Verfahren gegen Jugendliche kann daher der Angeklagte nicht während der ganzen Verhandlung, sondern nur während der Dauer eines ihn gefährdenden Abschnittes der Verhandlung ferngehalten werden. Besonders groß ist die Gefährdung durch die Schlußvorträge der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers, so daß gerade während ihrer Dauer die Möglichkeit bestehen muß, den Angeklagten abtreten zu lassen. Durch das Wort „Erörterungen" ist klargestellt, daß der Angeklagte auch während der Vorträge abtreten darf.

§ 277.

Hält der Beschuldigte sich im Inland verborgen, oder ist er ins Ausland geflüchtet, so daß er zu einer Hauptverhandlung nicht gestellt werden kann, so entsteht die Frage, ob es Sinn hat, eine auf Erlaß eines Urteils gerichtete Hauptverhandlung stattfinden zu lassen, und wie bejahendenfalls eine solche ohne den Angeklagten durchgeführt werden kann.

Man denkt wohl zunächst unwillkürlich an die Geschichte von den klugen Nürnbergern, die keinen hängten, es sei denn, sie hätten ihn zuvor. Nicht immer aber geht die Strafe an Leib und Leben: Geldstrafen erfordern ja nicht die Person des Angeklagten, sondern sein Vermögen. Ferner kann der im Urteil ausgesprochene Verlust eines Amtes eines öffentlichen Rechtes oder einer sonstigen Berechtigung von praktischer Bedeutung sein [87]).

---

86) Löwe-Rosenberg § 231, 4 u. a. m.
87) Buchner S. 51.

Übrigens hat ein Urteil gegen einen Flüchtigen, ganz abgesehen von der Möglichkeit der Vollstreckung, guten Sinn. Das Urteil gibt ja nicht nur die Grundlage für die Bestrafung ab. Zunächst bezweckt es eine Feststellung des Verbrechens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht[88]). Die vor der Öffentlichkeit ausgesprochene Verurteilung der Tat stärkt das Gefühl für die Rechtmäßigkeit[89]). Der bloße Ausspruch erreicht den Zweck der Generalprävention, wenn vielleicht auch nicht ganz so vollständig wie sonst. Die letzterwähnte Wirkung ist vielfach, darunter von den Motiven[90]), übersehen worden.

Überdies verdient das gerade bei größeren, aufsehenerregenden Verbrechen im Volke lautwerdende Verlangen nach Sühne Berücksichtigung. Dieses Gefühl findet eine gewisse Befriedigung, wenn auch zunächst nur das Verbrechen als solches festgestellt und das Ansehen des Täters durch das Urteil gehörig herabgesetzt wird. Als Genugtuung wird es auch empfunden, daß der Täter, falls man seiner habhaft wird, sofort auf Grund des inzwischen erlassenen Urteils die Strafe zu verbüßen hat. Die Motive[91]) und andere gehen über das Verlangen des Volkes nach Sühne geringschätzig hinweg. Beim Strafrecht ist aber der Vergeltungsgedanke wesentlich, soll doch die Strafe ein dem Täter zugefügtes Übel sein. Die Novelle vom 28. Juni 1935 hat nun das Verlangen nach Sühne bei dem Verfahren gegen Flüchtige in den Vordergrund gerückt. Nach § 277 Abs. 2 soll die Staatsanwaltschaft nämlich dann ein Hauptverfahren beantragen, wenn das gesunde Volksempfinden eine alsbaldige Aburteilung der Tat verlangt.

Was die Durchführung des Verfahrens gegen einen Flüchtigen anlangt, so könnte man geneigt sein, in der Flucht ein Geständnis des Flüchtigen zu erblicken und ein Versäumnisurteil gegen ihn zu erlassen. Das würde jedoch einmal mit dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung, der das deutsche Strafverfahren beherrscht, unvereinbar sein. Sodann würde ein Urteil, das nicht auf Grund sachlicher Prüfung ergangen ist, insbesondere nachdem sich die Erregung über das Verbrechen gelegt hat, nicht die einem Urteil zukommende Autorität besitzen und dadurch der gesamten Rechtspflege abträglich sein[92]). Bei der Neuregelung des Verfahrens ist diese Gefahr bewußt vermieden worden[93]). § 277 Abs. 3 bestimmt nämlich: „Für das Verfahren

88) Glaser S. 547; Lobe in GS. Bd. 107 S. 359 ff.; Binding S. 307 ff.; Exner S. 2.
89) Amtl. Begr. S. 67.
90) S. 238.
91) S. 238.
92) Meyer.
93) Amtl. Begr. S. 65.

gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit ihnen nicht die Abwesenheit des Angeklagten entgegensteht oder in den nachstehenden Vorschriften etwas anderes bestimmt ist."

Die Hauptverhandlung gegen Flüchtige muß danach wie jede andere Hauptverhandlung auf die Feststellung der materiellen Wahrheit gerichtet sein. Dazu gehört auch die Feststellung, in welchem Maße sich der Angeklagte schuldig gemacht hat. Bei den schweren Verbrechen, für die das Verfahren gegen Flüchtige berechnet ist, besteht an sich ein erhöhtes Interesse an dieser Frage. Dennoch wird man es bei einer verhältnismäßig groben Beurteilung der Persönlichkeit des Angeklagten bewenden lassen müssen, da sonst wohl kaum ein Verfahren gegen Flüchtige zum Abschluß gebracht werden könnte, was nicht im Sinne des Gesetzes liegen würde. Andererseits kann aber die Ermittelung des Schuldmaßes nicht ganz beiseitegelassen werden, wie es anscheinend Niethammer[94]) in gewissen Fällen im Hinblick auf den Wortlaut des § 282 tun will. Die Worte „weder seine Schuld noch seine Nichtschuld" nötigen zu einer solchen Auffassung nicht. Wo ganz allgemein von Schuld die Rede ist, muß darunter auch das Maß der Schuld verstanden werden. Überdies soll ja auch gegen den Flüchtigen eine bestimmte Strafe verhängt werden; die Auswahl einer Strafe aus einem Strafrahmen kann aber nur im Hinblick auf die Höhe der Schuld vorgenommen werden. Eine vorläufige Einstellung gemäß § 282 muß also auch dann erfolgen, wenn zwar die Frage, ob der Angeklagte schuldig ist, bejaht werden, der Grad des Verschuldens jedoch nicht ermittelt werden kann. Solche Fälle dürften jedoch kaum vorkommen, da, wie bereits erwähnt, in dieser Richtung nur eine grobe Feststellung erfordert werden kann. Man wird bestrebt sein müssen, die fehlende Anwesenheit des Angeklagten durch andere Beweismittel, wie Zeugenaussagen usw., zu ersetzen.

Nur soweit der Angeklagte als Beweisobjekt in Frage kommt, bietet seine Abwesenheit Schwierigkeiten für die Durchführung des Verfahrens. Was dagegen die Ausübung gewisser Befugnisse des Angeklagten betrifft, so kann statt seiner ein anderer handeln. Zutreffend hat das Gesetz daher die notwendige Verteidigung angeordnet.

Die vorläufige Einstellung in den Fällen, wo in Abwesenheit des Angeklagten weder seine Schuld noch seine Nichtschuld festgestellt werden kann, ist nicht, wie mitunter angenommen worden ist[95]), etwas dem Verfahren gegen Flüchtige Eigentümliches, das sich als eine Abweichung von dem gewöhnlichen Verfahren darstellt. Auch in den Fällen der §§ 231 Abs. 2, 232, 233 muß das Verfahren vertagt

---

94) § 282, 1, 2. Abs.
95) Amtl. Begr. S. 69; Kohlrausch § 280, 1; Niethammer § 282, 1.

werden, wenn das Gericht wider Erwarten ohne Anwesenheit des Angeklagten über dessen Schuld oder Unschuld nicht befinden kann[96]); ein Freispruch darf deshalb nicht erfolgen.

Abweichungen, die sich aus dem Fehlen des Angeklagten ergeben, sind folgende:

Keine Anwendung finden die §§ 88 Satz 2, 138, 169 Abs. 2, 192, 193, 201, 224, 230, 236, 257, 258, 268 Abs. 3, denn sie setzen die persönliche Anwesenheit des Angeklagten voraus[97]).

Dagegen gelten die §§ 24, 74, 219 ff., 245, 265, 266, 296 ff., da die dem Angeklagten darin zugedachten Prozeßbefugnisse auch von einem Vertreter wahrgenommen werden können[97]). In der Amtlichen Begründung[98]) und von Rempe[99]) wird dagegen die Meinung vertreten, für § 265 Abs. 1 sei im Verfahren gegen Flüchtige kein Raum, weil die Belehrung eines Abwesenden und eine neue Ladung unter Anführung des neuen rechtlichen Gesichtspunktes eine leere Form bedeute. Bloße Formsache wäre vielleicht eine neue Ladung. Es handelt sich aber ferner darum, ob nicht dem Verteidiger des Flüchtigen zum Zwecke seiner Vorbereitung, die durch die Veränderung des rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunktes erforderlich wird, unter Umständen ein Recht auf Aussetzung des Verfahrens zugebilligt werden muß. Es ist nicht einzusehen, warum das nicht ebenso wie im gewöhnlichen Verfahren geschehen sollte. § 265 muß ja richtiger Ansicht[100]) nach auch bei §§ 231 Abs. 2, 232 und 233 Anwendung finden. Daß die abgelehnte Ansicht nicht richtig sein kann, ergibt sich ferner daraus, daß nach § 279 in der Ladung das Strafgesetz genau bezeichnet sein muß. Diese Bestimmung würde inhaltlos, wenn § 265 nicht gelten sollte. Jede Auslegung aber, die dazu führt, daß eine klar formulierte Verfahrensvorschrift gegenstandslos wird, kann nicht richtig sein.

Nachdem die Eigenart des Verfahrens gegen Flüchtige besprochen worden ist, sollen Einzelfragen des Verfahrens näher erörtert werden.

Flüchtig ist nach § 276 Abs. 2 derjenige, der sich der deutschen Gerichtsbarkeit dadurch zu entziehen sucht, daß er sich im Ausland aufhält oder im Inland verbirgt. Der Wortlaut des Gesetzes „entzieht" ist ungenau. Das Verfahren zeigt ja gerade, daß der Beschuldigte durch die Flucht der deutschen Gerichtsbarkeit nicht in den Arm fallen kann. Er kann es also nur versuchen. Es ist nicht erforderlich, daß der Angeklagte mit der Absicht gehandelt hat, der Verfolgung zu

96) Löwe-Rosenberg § 232, 8.
97) Kohlrausch § 276, 3.
98) S. 68.
99) in JW. 1935 S. 2337.
100) RG. Bd. 32 S. 97; Löwe-Rosenberg § 231, 9; Kohlrausch § 231, 9.

entgehen[101]). Das folgt aus dem klaren Wortlaut und dem Zweck der Bestimmung. Rempe[102]) begründet das damit, daß die Absicht schwer nachzuweisen wäre. Das dürfte jedoch nicht der entscheidende Gesichtspunkt sein. Dieser ist vielmehr folgender: Das Verlangen nach Sühne kann ohne ein Verfahren gegen Flüchtige ebensowenig befriedigt werden, wenn der Beschuldigte sich ohne Absicht der Bestrafung zu entziehen sucht, als wenn er mit Absicht handelt. Daher ist in beiden Fällen ein Verfahren gegen Flüchtige nötig. Von einem Flüchtigen kann aber nicht gesprochen werden, wenn der Beschuldigte sich ins Ausland begeben hat, ohne zu wissen, daß er der inländischen Gerichtsbarkeit damit Schwierigkeiten bereitet. Das folgt einmal aus dem Begriff „flüchtig" sowie aus dem Begriff „verbergen". Auch ist in solchen Fällen damit zu rechnen, daß der Beschuldigte dem inländischen Gerichtszwang bald wieder erreichbar sein wird. Ob ein Beschuldigter mit Vorsatz ins Ausland gegangen ist oder sich im Inland verbirgt, oder ob er diesen Vorsatz nicht gehabt hat, wird mitunter schwer festzustellen sein. Niethammer[103]) verlangt, daß besondere Umstände vorliegen, aus denen auf Vorsatz geschlossen werden kann. Das hat jedoch nur für wenige Fälle Bedeutung; denn das Verfahren wird ja nur in besonders schweren Fällen angewendet, in denen also der Beschuldigte wie die seine Sühne verlangenden Volksgenossen Kenntnis von dem Verbrechen haben wird, und wo jenem eine besonders schwere Strafe droht. Wenn er dann unauffindbar ist, so kann mit hinreichender Wahrscheinlichkeit — mehr kann ohnehin nicht verlangt werden — angenommen werden, daß der Beschuldigte sich der inländischen Gerichtsbarkeit entziehen wollte.

Ob der Beschuldigte flüchtig ist, muß die Staatsanwaltschaft bei der Stellung des Antrages auf Durchführung der Hauptverhandlung nach pflichtmäßigem Ermessen entscheiden. Die Einrichtung des Verfahrens gegen Flüchtige soll die Staatsanwaltschaft nicht der Aufgabe entheben, nach dem Täter zu fahnden. Die amtlichen Richtlinien und die Begründung zur Novelle heben dies ausdrücklich hervor. Ob die Staatsanwaltschaft dieser Verpflichtung genügt hat und ob sie den Beschuldigten mit Recht für flüchtig hält, leidet nach § 278 Satz 2 keine Nachprüfung durch das Gericht. Entgegen der unmißverständlichen Bestimmung des § 278 Satz 2 hält Niethammer[104]) eine Nachprüfung dann für zulässig und infolge der Wahrheitsermittelungspflicht des Gerichts für geboten, wenn sich im Laufe der Hauptverhandlung Zweifel an der Flucht des Angeklagten ergeben

101) Freisler, Jahrb. S. 535 ff.; Rempe S. 74; Amtl. Begr. S. 66.
102) in JW. 1935 S. 2336.
103) § 276, 2.
104) § 278, 3 c.

sollten. Zu Unrecht zieht Niethammer die Wahrheitsermittelungspflicht heran. Diese bezieht sich nur auf die Tat. Nun ist allerdings auch jedes Gericht im allgemeinen verpflichtet, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit seines Verfahrens zu prüfen. In § 278 ist aber gerade hinsichtlich der Frage, ob der Angeklagte flüchtig ist, eine gerichtliche Nachprüfung für unzulässig erklärt worden. Aus der Amtlichen Begründung geht klar der Wille des Gesetzgebers hervor, daß über die Flucht nur die Staatsanwaltschaft entscheiden soll.

Zu den weiteren Voraussetzungen gehört unter anderem, daß die Ladung gemäß § 279 erfolgt ist.

Das Urteil soll als Abwesenheitsurteil gekennzeichnet werden. Dazu bietet eine Parallele das Versäumnisurteil im Zivilprozeß; die Regelung erscheint aber für den Strafprozeß unangebracht. Die Bezeichnung kann nämlich dazu führen, daß das Ansehen eines solchen Urteiles durch sie schon herabgesetzt wird, was ja gerade vermieden werden soll.

In § 282 b Abs. 2 ist ein besonderes Wiederaufnahmeverfahren für die Fälle vorgesehen, daß der Flüchtige sein Ausbleiben durch triftige Gründe rechtfertigt oder daß sonstige Umstände vorliegen, die eine Erneuerung der Hauptverhandlung als notwendig erscheinen lassen. Es sind also zwei alternative Voraussetzungen vorgesehen. Im ersten Falle braucht nur das Ausbleiben durch triftige Gründe gerechtfertigt zu sein; eine Wiederholung der Hauptverhandlung muß also selbst dann erfolgen, wenn in der in Abwesenheit des Verurteilten geführten Verhandlung die Wahrheit in wünschenswerter Weise ermittelt werden konnte. Die Übereinstimmung mit § 235 ist offensichtlich. Bei § 231 (S. 24) wurde aber bereits ausgeführt, daß eine solche Wiedereinsetzung unsachgemäß ist. Dagegen ist eine Wiederaufnahme angebracht und erforderlich, „wenn Umstände vorliegen, die eine Erneuerung der Hauptverhandlung als notwendig erscheinen lassen". Da neben § 282 b auch § 359 Platz greift, hat die besondere Wiederaufnahme wohl nur Bedeutung zum Zwecke der Strafermäßigung. Soweit der Verurteilte nämlich neue Umstände anführt, greift § 359 Z. 5 Platz. § 282 b kann mithin nur eine Möglichkeit bieten, den durch die fehlende Anwesenheit des Angeklagten dem Urteil anhaftende, oben geschilderte Unzulänglichkeit zu beseitigen. Die Wiederaufnahme wird man nur zur Vermeidung grober Härten gewähren können.

Bei den Bestimmungen über das Verfahren gegen Flüchtige findet sich keine Regelung, wie letzteres sich zu den §§ 232 Abs. 3, 412 und 329 verhält. Welches das Verhältnis des § 232 Abs. 3 zu den §§ 276 ff. ist, wird dann praktisch werden, wenn sich während der Hauptverhandlung über eine unter § 232 Abs. 3 fallende Straftat

herausstellt, daß der Angeklagte flüchtig geworden ist. Man wird dann wie sonst nach § 232 verfahren. Wie schon bei § 232 ausgeführt worden ist, wird dort wegen der verhältnismäßig geringfügigen Bedeutung der unter die Vorschrift fallenden Verbrechen die durch die fehlende Anwesenheit des Angeklagten möglicherweise bedingte Unzulänglichkeit des Urteils bewußt in Kauf genommen. Es besteht aber keine Veranlassung, einen Flüchtigen besser zu stellen als einen nach § 232 Abs. 3 Abwesenden.

Über das Verhältnis des Verfahrens gegen Flüchtige zu den §§ 329, 412 soll bei der Erörterung des § 329 gehandelt werden.

§§ 434 ff.

Das strafbare Verlassen des Reichsgebiets durch Wehrpflichtige (§§ 140, 140 a, 140 b StGB.) kann, abgesehen von dem Fall der Rückkehr des Wehrpflichtigen, nur in seiner Abwesenheit geahndet werden. Daß eine Strafverhängung gegen einen Abwesenden Sinn hat, ist bereits bei dem Verfahren gegen Flüchtige dargelegt worden. Die Fahnenflucht hat die Besonderheit, worauf schon die Motive [105]) aufmerksam machen, daß die Strafbarkeit und damit erst die Zulässigkeit einer Strafverfolgung durch das Entweichen aus dem Machtbereich, insbesondere aus dem Gebiete des Gerichtszwanges des Deutschen Reiches begründet wird. Das Verfahren gegen Abwesende (Flüchtige) ist hier in der Regel eine Notwendigkeit.

Das Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtige ist kein Versäumnisverfahren, wie manche [106]) annehmen; denn es findet eine Beweisaufnahme statt. Diese hat zwar die Besonderheit, daß der Angeklagte gemäß der Anklage zu verurteilen ist, wenn sich in der Hauptverhandlung nicht Umstände ergeben, die der Anklage entgegenstehen (§ 440 Abs. 1). Die Umkehrung der Beweislast macht das Verfahren aber noch nicht zu einem Versäumnisverfahren.

Die besondere Regelung der Beweislast knüpft sich nicht an das Fehlen des Angeklagten im Prozeß, sondern an seine Unauffindbarkeit durch die Militärbehörden. Diese begründet eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Beschuldigte sich seiner Wehrpflicht in strafbarer Weise entzogen hat. § 440 erhebt nun die tatsächliche Vermutung zu einer rechtlichen, hat also materiell-rechtliche Bedeutung. Daraus folgt, daß das nachträgliche Erscheinen des Angeklagten während des Prozesses als solches die einmal entstandene Vermutung nicht widerlegen kann und daß die Meinung abzulehnen ist, daß das Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung die Rückkehr

105) S. 291.
106) Kohlrausch 1 vor § 434; Niethammer § 440, 2.

zur gewöhnlichen Beweisregelung zur Folge habe[107]. Die Abwesenheit des Beschuldigten ist ja keine Voraussetzung[108] für das Verfahren nach den §§ 434 ff. Das kann man auch daraus erkennen, daß der Angeklagte zu dem Abwesenheitsverfahren geladen wird.

b) Formalurteil.

§ 329.

Für das Berufungsverfahren ist in § 329 eine vom Verfahren in erster Instanz abweichende Regelung getroffen worden:

„Ist bei dem Beginn der Hauptverhandlung weder der Angeklagte, noch in Fällen, wo solches zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, so ist, insofern der Angeklagte die Berufung eingelegt hat, diese sofort zu verwerfen, insoweit die Staatsanwaltschaft die Berufung eingelegt hat, über diese zu verhandeln oder die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen.

Der Angeklagte kann binnen einer Woche nach der Zustellung des Urteils die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den in den §§ 44, 45 bezeichneten Voraussetzungen beanspruchen."

Das Gesetz knüpft also an das Ausbleiben des Angeklagten verschiedene Rechtsfolgen, je nachdem, ob der Angeklagte oder die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt hat.

Im Falle nichtentschuldigten Ausbleibens bei Beginn der Verhandlung über die Berufung des Angeklagten sieht § 329 sofortige Verwerfung der Berufung vor. Diese muß durch Urteil erfolgen[109]. Das Urteil ist ein echtes Versäumnisurteil, Formalurteil[110]. Es setzt voraus, daß die für ein Urteil erforderlichen Voraussetzungen vorliegen[111]. Daß die Berufung „sofort" zu verwerfen ist, steht dem nicht entgegen. Das „sofort" ist anerkanntermaßen[112] nicht zeitlich, sondern logisch aufzufassen. Es will besagen, daß eine Beweisaufnahme nicht stattfindet.

Die Ansichten darüber, auf welchem Gedanken das Versäumnisurteil beruhe, sind sehr verschieden. Zumeist wird ein Verzicht oder eine Zurücknahme des Rechtsmittels fingiert[113]. Die Fiktion eines Ver-

---

107) a. A.: Niethammer § 440, 3; Benneke S. 696 Nr. 9.
108) a. A.: Benneke S. 696.
109) Löwe-Rosenberg § 329, 8.
110) Beling S. 404 (Lehrb.).
111) Löwe-Rosenberg § 329, 8.
112) Lit. s. bei Löwe-Rosenberg § 329, 8.
113) Mot. S. 1019; RG. Bd. 61 S. 278—281; Bd. 64 S. 246; OLG. Dresden in JW. 1929 S. 1504; Beling S. 404 Anm. 4.

zichtes findet jedoch, worauf mehrfach[114]) hingewiesen worden ist, im Wortlaut der Bestimmung keinen Anhalt. Aus § 391 Abs. 2, wonach das Nichterscheinen des Privatklägers als Zurücknahme der Privatklage gilt, kann hierfür kein Schluß gezogen werden; denn die Rolle des Privatklägers ist eine ganz andere als die des Angeklagten[115]). Mit der Annahme eines Verzichts oder einer Zurücknahme der Berufung ist die durch § 329 vorgeschriebene Verwerfung des Rechtsmittels unvereinbar[116]). Die Verzichtstheorie vermag ferner nicht zu erklären, warum nur beim Ausbleiben des Angeklagten zu Beginn, nicht aber im späteren Verlauf der Hauptverhandlung ein Verzicht oder eine Zurücknahme möglich ist[117]). Auch im Laufe der Verhandlung kann, zumal nach dem Fortfall des Verbots einer reformatio in peius, ein Interesse des Angeklagten an einem Verzicht auf die Berufung entstehen[117]). Aus diesem Grunde kann man § 329 nicht, wie es mitunter geschehen ist[118]), im Sinne einer Abwehr einer vom Angeklagten beabsichtigten Verzögerung der Strafvollstreckung verstehen; denn die Verzögerung wäre um so größer, je später der Angeklagte im Verfahren ausbleibt. Verfehlt wäre der Gedanke, der Angeklagte solle für seine Säumnis durch den Erlaß des Versäumnisurteils bestraft werden[119]). Daß das Gesetz ein unentschuldigtes Ausbleiben als solches beispielsweise mit zwei Jahren Zuchthaus habe ahnden wollen, darf man nicht annehmen.

Schneider[120]) gibt keine Erklärung, wenn er sagt, daß es das Nächstliegende sei, die Berufung zu verwerfen, wenn der Angeklagte durch seine Abwesenheit das Verfahren störe. Warum ist es das Nächstliegende?

Richtig dürfte vielmehr folgendes sein: Das Urteil des Vorderrichters hatte zunächst wie jeder staatliche Hoheitsakt die Vermutung der Richtigkeit für sich. Mit der Einlegung der Berufung — das ist die Erklärung, mitwirken zu wollen an der Feststellung, daß das Urteil falsch ist — wird dessen Autorität in Zweifel gezogen. Erscheint der Angeklagte aber bei Beginn der Verhandlung über seine Berufung nicht, so fällt der Zweifel an der Richtigkeit des ersten Spruches fort. Darum ist es angebracht, es bei dem früheren Urteil bewenden zu lassen.

---

114) Löwe-Rosenberg § 329, 8; Körner in JW. 1929 S. 2991; Jonas in JW. 1929 S. 118; OLG. Hamm JW. 1931 S. 2863; Schneider S. 17 ff.
115) Löwe-Rosenberg § 329, 8.
116) Löwe-Rosenberg § 329, 8; Schneider S. 18.
117) OLG. Hamm in JW. 1931 S. 2862.
118) Löwe-Rosenberg § 329, 3.
119) Schneider leitet das aus § 391, II ab (S. 19).
120) S. 20.

Das Versäumnisurteil darf nur ergehen, wenn „das Ausbleiben des Angeklagten unentschuldigt ist". Nach allgemeiner Ansicht[121]) ist „unentschuldigtes Ausbleiben" gleichbedeutend mit verschuldetem Ausbleiben; es soll aber nicht besagen, daß der Angeklagte etwas zur Entschuldigung seines Ausbleibens dem Gericht vorgetragen haben müsse. Dies schließt man daraus, daß hinter dem Wort „Ausbleiben" ein „ist" und kein „hat" steht. Die Auffassung geht fehl. Sollte die herrschende Meinung zutreffen, so müßte es statt „nicht genügend entschuldigt" „verschuldet" heißen. Man kann unverschuldet, aber unentschuldigt fehlen, wenn man der Stelle, bei der man zu erscheinen hat, den Grund seines Fehlens nicht angegeben hat.

Außer dem Wortlaut spricht die Sache selbst gegen die abgelehnte Auffassung. Wie soll das Gericht feststellen, ob der Angeklagte ohne Verschulden ausgeblieben ist? Es kann sich doch nur auf Angaben stützen, die der Angeklagte oder ein anderer zum Zwecke der Entschuldigung dem Gericht gemacht hat. Es gilt hier dasselbe wie bei § 231 Abs. 2.

Zu welchen Folgerungen die abgelehnte Meinung führt, zeigt die Entscheidung RG. Bd. 66 S. 151, der sich Löwe-Rosenberg[122]) angeschlossen hat. Hier heißt es wörtlich: „§ 329 Abs. 2 bezieht sich auf die Fälle, in denen der Angeklagte, obwohl er erscheinen will, durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wird, sich in der Hauptverhandlung einzufinden. Dagegen unterwirft § 329 Abs. 1 auch die Fälle, in denen der Angeklagte zwar erscheinen kann, aber nicht will, der Prüfung in der Richtung, ob das Ausbleiben genügend entschuldigt sei . . . ." Bedenkt man dabei, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[123]) ein unabwendbares Ereignis stets dann vorliegt, wenn den Angeklagten an seinem Nichterscheinen keine Schuld trifft, so kann man nicht verstehen, worin der Unterschied zwischen Abs. 1 und 2 bestehen soll. Die Bestimmung ist vielmehr folgendermaßen zu verstehen: Wenn weder der Angeklagte noch ein anderer das Ausbleiben des Angeklagten entschuldigt hat, so soll ohne ihn das Verfahren zum Abschluß gebracht werden können. Ergeben sich jedoch nachträglich Umstände, nach denen das Ausbleiben auf einem unabwendbaren Zufall beruhte, so soll dem Verurteilten Wiedereinsetzung gewährt werden.

---

[121]) RG. Bd. 62 S. 422; Bd. 64 S. 245; Löwe-Rosenberg § 329, 6; Kohlrausch § 329, 2; OLG. Hamburg in Goltd. Arch. Bd. 40 S. 459.

[122]) § 329, 2.

[123]) RG. Bd. 35 S. 110; Bd. 40 S. 119; Recht 1914 Nr. 3021; Recht 1918 Nr. 1472 (s. ferner Löwe-Rosenberg § 44, 4).

Aus den Worten „bei Beginn der Hauptverhandlung" schließt das Reichsgericht [124]), daß § 329 nur beim Beginn des ersten Termins im Berufungsverfahren Anwendung leide. Nach anderer Ansicht [125]) soll § 329 auch dann gelten, wenn der Angeklagte in dem ersten Termin nach unterbrochener, ausgesetzter oder (nach Zurückweisung gemäß § 354 Abs. 2) fortgesetzter Verhandlung in der Berufungsinstanz fehlt.

Es ist wohl richtig, daß § 329 nicht vom Beginn des Berufungsverfahrens, sondern vom Beginn der Hauptverhandlung spricht [126]). Als Hauptverhandlung kommt dabei nur das Verfahren in Frage, auf Grund dessen das Urteil ergehen muß. Bei einer Aussetzung ist das nicht mehr die „erste" Verhandlung [127]), sondern die auf die Aussetzung folgende. Das Verfahren beginnt von vorn. Anders verhält es sich bei einer Unterbrechung. Der der Unterbrechung vorgehende und der nachfolgende Teil bilden zusammen eine einheitliche Hauptverhandlung. Bleibt der Angeklagte also nach einer Unterbrechung der Verhandlung aus, so hat er nicht bei ihrem Beginn gefehlt. Findet eine Zurückverweisung gemäß § 354 Abs. 2 unter völliger Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts statt, so muß das Berufungsgericht ganz von vorn mit der Verhandlung beginnen; es steht also wieder am Beginn der Verhandlung. Anders verhält es sich bei teilweiser Zurückverweisung, da dann der nichtaufgehobene Teil neuer Verhandlung nicht bedarf [128]). Nach dem Wortlaut des § 329 müßte also ein Versäumnisurteil ergehen, wenn der Angeklagte bei Beginn der Verhandlung im Anschluß an eine Aussetzung oder Zurückverweisung unter völliger Aufhebung des Berufungsurteiles unentschuldigt ausgeblieben ist. Wichtige Gründe stehen jedoch einer solchen nur auf den Wortlaut des Gesetzes gestützten Auslegung entgegen.

Das Verfahren vor dem Berufungsgericht darf nicht jederzeit gegenstandslos werden können. Hat einmal eine neue Prüfung der Sach- und Rechtslage begonnen, so besteht auch ein öffentliches Interesse an der Durchführung dieses Verfahrens, das vielleicht schon fast bis zum Abschluß gediehen ist. Der Angeklagte darf durch sein Ausbleiben nicht die Möglichkeit erhalten, den Fortgang eines solchen Verfahrens zu hindern. Im Falle der Zurückverweisung von der Revisions- in die Berufungsinstanz gilt das in besonderem Maße.

---

124) RG. Bd. 61 S. 280; Bd. 63 S. 10.

125) OLG. Breslau in DRZtg. (R.) 1932 Nr. 149; Hamm JW. 1931 S. 2862; Fürst in LZ. 1926 S. 9; Schneider S. 42; Beling S. 404.

126) Kley in JW. 1931 S. 2862.

127) Oppenheimer in JW. 1931 S. 1603; Kley in JW. 1931 S. 2862; Schneider S. 41.

128) Löwe-Rosenberg § 354, 6.

Ferner muß die Möglichkeit berücksichtigt werden, daß nach dem Verlauf der Berufung mit einer Verschärfung der Strafe zu rechnen ist. Es darf nicht in der Hand des Angeklagten liegen, durch sein Nichterscheinen der strengeren Strafe zu entgehen.

Manche Anhänger einer engeren Auffassung [129]) haben diese damit begründet, daß § 329 eine „rigorose" Vorschrift sei und daher möglichst einschränkend ausgelegt werden müsse. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Es bedarf ihrer, wie dargelegt, auch nicht zum Beweise dafür, daß die Verwerfung der Berufung des Angeklagten nur beim Beginn des Berufungsverfahrens zulässig ist.

Die Wiedereinsetzung gegen das Versäumnisurteil ist sachlich gerechtfertigt, da das Versäumnisurteil kein Sachurteil, sondern lediglich Formalurteil ist. —

Hat dagegen die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt, so kann das Gericht beim Ausbleiben des Angeklagten zu Beginn der Verhandlung in diese eintreten. Die Abweichung vom erstinstanzlichen Verfahren, die darin liegt, beruht auf dem Gedanken, im Berufungsverfahren sei die Anwesenheit des Angeklagten deshalb in den meisten Fällen entbehrlich, weil bereits im ersten Rechtszuge eine Prüfung des Sachverhalts stattgefunden habe. Darin liegt aber eine Verkennung des Wesens der Berufung. Das Berufungsgericht darf sich nicht mit Klarstellungen durch den Vorderrichter begnügen. Es darf lediglich auf Grund eigener Prüfungen und Feststellungen zu seinem Urteil kommen [130]). Die ohnehin [131]) gegen die Einrichtung der Berufung bestehenden Bedenken werden durch den Verzicht auf die Anwesenheit des Angeklagten erheblich vergrößert. Der Hinweis auf § 237, wonach das Gericht jederzeit die Anwesenheit des Angeklagten anordnen kann, vermag das Bedenken nicht zu zerstreuen. Bekanntlich wird von solchen Handhaben wenig Gebrauch gemacht. In der Tat legt die gesetzliche Regelung es ja auch nahe, von der Anwesenheit des Angeklagten abzusehen. Die Wiedereinsetzung nach § 329 Abs. 2 dagegen vermindert das Übel.

Da das Verfahren über die Berufung der Staatsanwaltschaft kein Versäumnisverfahren ist, treffen hier die oben angeführten Gründe nicht zu, aus denen hergeleitet wurde, daß das Versäumnisurteil nur zu Beginn der ersten Verhandlung zulässig ist. Hier ist es gerade umgekehrt. Je weiter das Verfahren gediehen ist, um so besser kann die Anwesenheit des Angeklagten entbehrt werden. Soll aber nach ausdrücklicher Vorschrift das Fehlen des Angeklagten selbst bei Be-

---

129) Jonas in JW. 1929 S. 118 Anm. 1.
130) RG. Bd. 62 S. 132, 402.
131) Graf zu Dohna S. 181 ff.

ginn der Durchführung des Verfahrens nicht im Wege stehen, so darf es später viel weniger der Fall sein. So weit die Vernehmung des Angeklagten erfolgt ist, ergibt sich dies schon aus § 231 Abs. 2.

Es bedarf noch der Erörterung der Frage, wie sich die beiden Fälle des § 329 zu dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige verhalten.

Zutreffend weist das Reichsgericht [132]) darauf hin, daß nach § 329 verfahren werden muß, wenn ein Angeklagter unter seiner richtigen Anschrift geladen ist, aber von der Ladung keine Kenntnis erhalten hatte, weil er nicht rechtzeitig dafür gesorgt hatte, und daß es unbillig wäre, einen anderen Angeklagten, der sich durch Abwesenheit (Flucht) der gewöhnlichen Zustellung der Ladung wissentlich entzieht, besser zu stellen als jenen ersten. Dagegen hat Niethammer bei Löwe-Rosenberg [133]) vorgebracht, daß sich große Härten ergeben können, wenn die Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil Berufung eingelegt hatte, mit der der Angeklagte nicht rechnen konnte. Dieser Fall könnte jedoch nur beweisen, daß § 329 in solchen Fällen nicht Anwendung findet; er besagt jedoch nichts gegen die Richtigkeit der Urteile des Reichsgerichts, da dort der von Niethammer erwähnte Fall nicht vorlag. Es erscheint nicht notwendig, die Fragen ganz allgemein zu stellen und zu entscheiden. Die Entscheidung fällt allerdings aus anderem Grunde einheitlich aus. Hat nämlich das Gericht von dem von Niethammer gedachten Fall Kenntnis erlangt, so muß es das Nichterscheinen im selben Maße wie bei einem Nichtabwesenden, einem nur einfach Ausgebliebenen, als entschuldigt ansehen. Wenn es von der Sachlage aber keine Kenntnis erhält, so liegt ja keine Entschuldigung vor, so daß auch gegen einen Ausgebliebenen verhandelt werden könnte.

Im übrigen ist Niethammer darin zuzustimmen, daß die sonstigen vom Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 65 S. 420 vorgebrachten Gründe nicht überzeugen. Daß das Verfahren gegen Abwesende in einem Buch enthalten war, das die Überschrift trug „Verfahren in erster Instanz" und daß in den §§ 312 bis 332 nicht ausdrücklich stand, daß das Verfahren gegen Abwesende im Rechtsmittelverfahren nicht galt, war zu äußerlich gesehen. Dieser Begründung hätte es nicht bedurft, weil die Entscheidung durch den oben angeführten Gesichtspunkt allein getragen wird. Wegen des letzteren kann Niethammer [134]) auch nicht darin beigepflichtet werden, daß durch die Einfügung des Abs. 3 in § 232 die ganze Streitfrage erledigt sei.

---

132) RG. Bd. 65 S. 420.
133) Löwe-Rosenberg 2 vor § 276.
134) § 232.

Ebensowenig wie die Abwesenheit hindert die Flucht des Angeklagten das Gericht, nach § 329 vorzugehen. Hier muß allerdings der Antrag der Staatsanwaltschaft vorliegen.

§ 412.

Bleibt der Angeklagte, der gegen einen Strafbefehl Einspruch eingelegt hat, ohne genügende Entschuldigung in der Hauptverhandlung aus, und wird er auch nicht durch einen Verteidiger vertreten, so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen.

Insofern das Gesetz den Erlaß eines Versäumnisurteils vorschreibt, springt sogleich die wesentliche Übereinstimmung mit dem Verfahren beim Ausbleiben des Angeklagten in der Verhandlung über die von ihm eingelegte Berufung ins Auge. In der Formulierung weichen die Bestimmungen allerdings voneinander ab. Dennoch hat man [135]) mit Recht die Einschränkung vorgenommen, daß § 412 sich nur auf den Beginn der Verhandlung bezieht, obwohl sein Wortlaut keinen Anhalt dafür bietet. Zutreffend bemerken die Motive [136]), daß es mit Rücksicht auf die Autorität des Gerichtes und die Ordnung des Verfahrens unvereinbar wäre, wenn der Angeklagte willkürlich ein bereits begonnenes Verfahren beenden könnte. Die Bestimmung des § 411, wonach die Zurücknahme des Einspruchs nur bis zum Beginn der Hauptverhandlung zulässig ist, zeigt, daß diese Erwägung dem Gesetz zugrunde liegt. Ebensowenig wie in § 329 sollte man in § 412 eine Zurücknahme des Rechtsbehelfs hineinlesen.

Unter „Ausbleiben ohne genügende Entschuldigung" ist dasselbe zu verstehen wie in § 329 unter dem Ausbleiben, das nicht entschuldigt ist. Der Vergleich der beiden Bestimmungen zeigt, daß die herrschende Lehre sich zu Unrecht auf das „ist" in § 329 bezieht, um daraus herzuleiten, daß es nicht darauf ankomme, ob dem Gericht gegenüber etwas zur Entschuldigung des Ausbleibens mitgeteilt worden ist.

Art. 7 Kap. I des ersten Teils der Notverordnung vom 14. Juni 1932 (RGBl. I S. 285).

§ 1: „Bleibt ein Angeklagter, der gegen eine polizeiliche Strafverfügung auf gerichtliche Entscheidung angetragen hat, ohne genügende Entschuldigung in der Hauptverhandlung aus, und wird er auch nicht durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten, so wird der Antrag ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen."

---

135) Löwe-Rosenberg § 412, 1 b.
136) S. 286.

§ 2: „Ein Angeklagter, dem gegen den Ablauf der Antragsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden ist, kann sie nicht mehr gegen das Urteil beanspruchen."

Bis zum Erlaß der vorstehenden Verordnung mußte, wenn ein Angeklagter in der Verhandlung über seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine polizeiliche Strafverfügung ausgeblieben war, nach §§ 230 ff. verfahren werden. Eine Verwerfung des Antrags fand nicht statt. Die Abweichung von § 412 geschah aus der Erwägung heraus, daß der Strafbefehl als richterlicher Akt eine Vermutung für seine Richtigkeit besitze, deren die Verfügung einer Polizeibehörde ermangele. Gewiß ist in dieser Hinsicht ein Unterschied vorhanden. Trotzdem konnte die Verordnung auch den polizeilichen Strafverfügungen ein solches Maß von Richtigkeit zutrauen, das das Versäumnisverfahren entsprechend wie bei § 412 rechtfertigte.

II. Übergesetzliche Ausnahmefälle.

Wie die vorstehenden Erörterungen zeigen, hat die Strafprozeßordnung den Grundsatz der Anwesenheit des Angeklagten in zahlreichen Fällen durchbrochen, damit er sich nicht unzweckmäßig und unbillig auswirke. Daß die Strafprozeßordnung den an sie zu stellenden Anforderungen bedeutend mehr gerecht wird, als man im allgemeinen annimmt, hat sich insbesondere bei der Darstellung des Verfahrens bei verbundenen Strafsachen und bei den Ausführungen zu den §§ 231 Abs. 2, 247 und 329 ergeben. Dennoch reichen die gesetzlichen Ausnahmen nicht aus. Nach dem Gesetz müßte ein Angeklagter während eines Gutachtens über seinen Gesundheitszustand zugegen sein, obwohl ihm die Erlangung der Kenntnis von der Schwere seines Leidens zu großer seelischer oder gesundlicher Schädigung gereichen könnte, der Sachverständige aber sich durch die Erstattung eines solchen Gutachtens in Gegenwart des Angeklagten nicht behindert fühlte. § 247 findet ja nur Anwendung, wenn der Sachverständige glaubt, daß er sich in Gegenwart des Angeklagten nicht vollständig äußern könne. Nur in Jugendsachen bietet § 33 Abs. 2 JGG. die Möglichkeit, in diesem Falle den Angeklagten abtreten zu lassen. Aber auch der Erwachsene darf nicht schwere Schädigungen erleiden. Der Richter darf ihn abtreten lassen. „Dergestalt einem Grundsatz des Verfahrens, der nicht um seinetwillen gilt, sondern nur zum Zweck von Recht und Billigkeit aufgestellt ist, ein wichtiges Interesse des Angeklagten zu opfern, würde den Grundsätzen der Menschlichkeit, von denen das Strafverfahren der Gegenwart beherrscht ist, geradezu Hohn sprechen. . . . Wenn die Verteidigungsmöglichkeit dabei in gewisser Weise beeinträchtigt werden kann, was

sich allerdings nicht abstreiten läßt, so ist beim Widerstreit von Interessen, wie sonst im Rechtsleben, so auch hier, abzuwägen, welches Übel sich als das kleinere darstellt, das zur Vermeidung des größeren in Kauf genommen werden muß . . ." (RG. Bd. 49 S. 43). Den Gedanken einer Interessenabwägung muß man bejahen. Im einzelnen kann diese Interessenabwägung große Schwierigkeiten bereiten. Insbesondere dürfen die den gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegenden Interessen nicht übersehen werden. In RG. Bd. 60 S. 313 hatte der über den Geisteszustand des Angeklagten vernommene Sachverständige den Zustand des Angeklagten in einer so rücksichtslos offenen Weise erörtert, daß es dem Gericht leid getan hatte, daß der Angeklagte dies mit anhören mußte. Im allseitigen Einverständnis verließ der Angeklagte daher während des Gutachtens den Sitzungssaal. Das Reichsgericht hat das Verfahren für zulässig erklärt, weil dies der Interessenlage entspreche. Als übergesetzliches Interesse führt es den „ungeschriebenen Grundsatz der Menschlichkeit" an. Damit bezeichnet es aber kein derart konkretes Interesse, daß man eine Interessenabwägung vornehmen kann. Anders als in RG. Bd. 49 S. 40 bestand eine Gefahr gesundheitlicher Schädigung des Angeklagten nicht. Der dem Angeklagten zugefügte seelische Schmerz konnte die Durchbrechung des gesetzlichen Grundsatzes nicht rechtfertigen. Das Gericht hätte vielmehr den Sachverständigen zu einem Vortrage in angemessener Form anhalten müssen.

Vor allem darf von dem Grundsatz nicht aus einem Gesichtspunkt abgesehen werden, der überhaupt kein entgegenstehendes Interesse bildet. In RG. Bd. 69 S. 253 ff. waren Angeklagter und Öffentlichkeit während der Erstattung eines Gutachtens über Fingerabdrücke und Fingerabdruckverfahren mit der Begründung ausgeschlossen worden, daß die Erstattung des Gutachtens die Staatssicherheit gefährden würde. Das Reichsgericht hat dagegen mit Recht ausgeführt, daß kein staatliches Interesse an der Geheimhaltung des Fingerabdruckverfahrens im Prozeß bestehe, da sich jeder anderweit über die Technik unterrichten könne.

In der letztgenannten Entscheidung wird die Frage aufgeworfen, ob in Landesverrats- und Spionageprozessen z. B. während der Vorführung von Gegenständen, die der Landesverteidigung dienen und an deren Geheimhaltung ein staatliches Interesse besteht, eine Entfernung des Angeklagten angeordnet werden darf. Einer Stellungnahme zu dieser Frage hat sich das Reichsgericht enthalten. Grundsätzlich wird man die Möglichkeit bejahen müssen, da der Gedanke der Interessenabwägung ein ganz allgemeiner ist. Näheres kann man jedoch kaum ausführen, da es stets auf den einzelnen Fall ankommt.

Literaturverzeichnis.

Beling: Deutsches Reichs-Strafprozeßrecht. Berlin und Leipzig 1928.

Beling: Recht und Pflicht der Prozeßparteien zur Anwesenheit in der Verhandlung bei Beweiserhebung über ihren Geisteszustand. In Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswissensch. Bd. 30 S. 51 ff.

Bennecke: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1895.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1900.

Begründung, Amtliche, zur Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935. Heft 10 der Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz.

Binding: Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1904.

Buchner: Das Verfahren gegen Abwesende. In: Der Gerichtssaal. Bd. IX, 2. Erlangen 1857.

Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. Berlin 1929.

Exner: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates. In ZStW. Bd. 45.

Feisenberger: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1926.

Freisler: Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts. In: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzugs (Sonderabdruck aus DStR. 1935).

Freisler: Die Strafrechtsnovellen vom Juni 1935, ein Markstein nationalsozialistischer Rechtserneuerung.

Gerland: Der deutsche Strafprozeß. Mannheim, Berlin und Leipzig 1927.

Kohlrausch: Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. 24. Aufl. Berlin und Leipzig 1936.

v. Kries: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.

Kujawa: Über Strafprocessuale Nachtheile des in der Hauptverhandlung säumigen Angeklagten und Privatklägers. In: Arch. für Strafr. begründet von Goltdammer. 43. Jahrg.

Loewe-Rosenberg (Hellwig): Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 19. Aufl. Berlin und Leipzig 1934.

Mayer, Hellmuth: Zum Aufbau des Strafprozesses. In GS. Bd. 104.

Meyer, Hugo: Verfahren gegen Abwesende. Berlin 1869.

Motive in: Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung, vom 1. Februar 1877, hrsgg. von Hahn, Berlin 1885.

Niethammer: bei Löwe-Hellwig-Rosenberg, Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. 19. Aufl. Ergänzungsband, Berlin und Leipzig 1936.

Oetker: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Monstreprozesse. In GS. B. 105.

Rempe: In: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935. Erläutert von L. Schäfer, Rud. Lehmann und Fr. Dörffler. Berlin 1936.

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1929.

Schneider: Das Versäumnisurteil in der Deutschen Reichsstrafprozeßordnung. Münch. Diss. Coburg 1928.

Schwarz: Strafprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1928.

Siegert: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates. In ZStW. Bd. 54.

Stenglein: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Stuttgart 1887.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 13. November 1910 zu Danzig als Sohn des Regierungsoberinspektors Adolf Schreck und seiner Ehefrau Agnes geborene Spring. Von Ostern 1917 bis 1929 besuchte ich die Oberrealschule St. Petri und Pauli in Danzig. Eltern und Schule haben mich im evangelischen Glauben erzogen. Am 7. März 1929 legte ich die Reifeprüfung und die Prüfung im Lateinischen ab. Im Sommersemester 1929, im Wintersemester 1929/30 und im Sommersemester 1930 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an der Universität Bonn. Alsdann besuchte ich die Universität Berlin. Nachdem ich im Sommersemester 1931 wieder in Bonn studiert hatte, begab ich mich zur Fortsetzung des Studiums nach Münster in Westfalen, wo ich bis zum Sommersemester 1932 immatrikuliert war. Am 28. Februar 1934 bestand ich das Referendarexamen, worauf ich Anfang Mai 1934 zum Referendar ernannt wurde. Zum Zwecke der Promotion habe ich den Vorbereitungsdienst zeitweilig unterbrochen. Meine mündliche Promotionsprüfung fand am 17. Februar 1937 statt. Herrn Professor Dr. Graf zu Dohna bin ich für die Leitung der Abhandlung zu Dank verpflichtet.

März 1937.

Bruno Schreck.